

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Les Caractères Généraux

DE LA

Société dite " Partnership "

en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le vendredi 1^{er} juin 1923, à 3 heures 1/2

PAR

Jean BRAESCO

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

*Suffragants : { MM. DEMOGUE, professeur,
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1923

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Les Caractères Généraux

DE LA

Société dite "Partnership"

en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le vendredi 1^{er} juin 1923, à 3 heures 1/2

PAR

Jean BRAESCO

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

Suffragants : { MM. DEMOGUE, professeur.
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}

ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1923



LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX
DE LA
SOCIÉTÉ DITE “ PARTNERSHIP ”
en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique

INTRODUCTION

I

1. Il existe en droit anglais deux institutions correspondant aux divers types de sociétés, tant civiles que commerciales, que l'on retrouve dans la plupart des droits continentaux, ce sont la *partnership* et la *company*.

Tandis que cette dernière a fait l'objet de plusieurs études juridiques (1), la *partnership* n'a pas encore, à notre connaissance, été l'objet d'une étude spéciale en langue française et c'est pourquoi nous l'avons choisie pour sujet de notre thèse. La *partnership* est d'ailleurs incontestablement la plus originale de ces deux institutions du droit anglais et cela s'explique, car la *company*

(1) Thoumyre, thèse Paris, 1908 ; Fernand-Laurent, thèse Paris, 1919 ; Drouets, thèse Paris, 1922.

est plus moderne et surtout parce que les nécessités du commerce ont plus ou moins internationalisé sa principale forme : la *company limited by shares*, correspondant à notre société par actions.

L'étude de la *partnership* est en outre utile pour quiconque veut bien comprendre la *company*, car cette dernière dérive historiquement de la *partnership*. Evidemment, le droit de la première s'est, durant ces cinquante dernières années, tellement développé, qu'il est actuellement nettement séparé, quant à sa réglementation légale, de celui de la *partnership* ; mais il y a à peine une trentaine d'années, Lord Lindley (1) considérait encore la *company* comme une simple variété de *partnership* et déclarait qu'en l'absence de dispositions spéciales, on devrait appliquer aux *companies* les règles générales du droit de la *partnership*. Actuellement encore la plupart des auteurs anglais définissent ou plutôt décrivent la *company* à l'aide de la *partnership* (2).

D'autre part si l'on admet, ce que l'on peut faire sans inconvénient pour le moment, que la distinction des *partnerships* et *companies* correspond à notre distinction des sociétés de personnes et sociétés de capitaux (3), on comprend que la *company* ait offert plus

(1) Lindley, *On Part.*, 3^e éd., pp. 1-4.

(2) Voyez sur ce point, plus loin n° 23.

(3) En ce sens : Hémar, *op. cit.*, pp. 776 et s. ; voyez toutefois, *infra*, n° 24.

d'intérêt, car elle renferme, comme on l'a dit, la *company limited by shares*, correspondant à notre société par actions, qui est par excellence la forme moderne de société.

2. Ceci dit sur l'importance de notre sujet, nous nous empressons d'indiquer les limites modestes de notre étude, qui n'est qu'un résumé inégal sinon incomplet du droit de la *partnership*. Nous avons en effet insisté, comme notre plan l'indique, sur quatre questions essentielles déterminant la notion anglaise de la *partnership* : sa définition et ses éléments essentiels, la distinction des *partnerships* et *companies*, la non-personnalité juridique de la *firm* et la place de la *partnership* parmi les diverses formes de propriété à plusieurs, questions qui constituent les quatre chapitres de la première partie de notre étude ; pour passer beaucoup plus rapidement, dans la deuxième partie de celle-ci, sur sa réglementation légale.

Quant à la forme, nous profitons de l'occasion pour justifier l'emploi peut-être exagéré que nous ferons ici de termes techniques anglais (1). Sans méconnaître les inconvénients de ce procédé, il nous semble préférable à leur remplacement par des termes correspondants

(1) Aussi ne soulignerons-nous plus dorénavant ceux qui, comme *partnership*, *partner*, *firm* et *company*, reviendront constamment sous notre plume.

français : la correspondance est en effet presque toujours approximative ; société par exemple ne correspond pas exactement à *partnership*, quant au terme *business*, il est presque intraduisible comme nous verrons d'ailleurs qu'il est indéfinissable même en anglais (1).

Nous avons donc le plus souvent préféré, plutôt que de mal traduire, ne pas traduire.

Pour les mêmes motifs, reproduire le plus fidèlement possible les caractères de la notion anglaise de la *partnership*, nous avons parfois dû sacrifier la clarté ou la logique, notamment en ce qui concerne le plan ou l'intitulé des chapitres et sections (2).

Nous allons maintenant, dans le reste de cette introduction, présenter un bref résumé historique du droit de la *partnership*. Notre concision sur ce point se justifie par le manque presque complet de sources ; de plus cette histoire est, comme on le verra, intimement liée à celle de l'unification de la *law merchant* et de la *common law*, question controversée qui pourrait à elle seule faire l'objet d'une étude intéressante.

II

3. Les rares auteurs anglais chez lesquels on trouve quelques renseignements historiques sur la *partnership*

(1) Voyez sur ce point, *infra*, n° 12.

(2) Voyez ce qui est dit aux n° 8 et 73.

considèrent celle-ci, dans sa forme actuelle, comme la résultante de trois sources historiques, à savoir : le droit romain, la *law merchant* et la *common law* (1).

Les points de ressemblance entre la *partnership* et la *societas* romaine sont trop nombreux (2), pour que l'on puisse nier l'influence du premier de ces trois éléments, le droit romain. Mais cette influence n'a pu être qu'indirecte, elle n'a pu s'exercer que par l'intermédiaire de cette même *law merchant*, ainsi que probablement par l'*equity* dont les auteurs anglais ont peut-être tort de négliger l'importance dans l'histoire de la *partnership*.

Ainsi réduite à deux sources, nous diviserons l'histoire de celle-ci dans les deux numéros suivants, en deux parties : la première, s'étendant jusqu'au début du *xvii^e* siècle, comprend la période pendant laquelle la *partnership* faisait partie de la *law merchant* ; la deuxième comprend les *xvii^e* et *xviii^e* siècles, c'est-à-dire l'incorporation de la *partnership*, avec toute la *law merchant*, à la *common law*. Le n^o 6 comprendra l'historique des rares lois anglaises relatives à notre institution ; enfin nous ajouterons pour finir quelques

(1) En ce sens : Scrutton, *op. cit.*, pp. 159-161 ; Collier, *On Partnership*, London, 1840, p. 1 ; Story, *On Part.*, § 5 ; Bouvier, *Law Dict.*, II, p. 596 ; Burdick, *On Part.*, p. 2.

(2) Pour une comparaison des deux institutions, voyez : Scrutton, *op. cit.*, *ibid.*

mots dans le n° 7 sur ce même point relativement aux Etats-Unis d'Amérique.

4. Jusque vers le début du xvii^e siècle, la *common law* était, tout le monde tombe d'accord sur ce point, séparée en deux grandes branches : la *common law* proprement dite, ou droit commun, et la *law merchant*, ou droit d'exception, correspondant respectivement à notre droit civil et droit commercial (1). Nous ne pouvons indiquer ici, même en résumé, les origines, la sphère et les juridictions d'exception de ce dernier (2).

Pendant toute cette période, la partnership fait partie intégrante de la *law merchant*, ou *lex mercatoria*. Ceci est prouvé par le fait que jusqu'au début du xvii^e siècle on trouve extrêmement peu de *cases* relatifs à la partnership, dans les *reports* de l'époque. Les cours de la *common law* et de l'*equity* n'ont pas à s'en occuper, car la partnership est de la compétence des *staple courts* et autres juridictions commerciales d'exception (3).

Bien plus, la plupart même des rares décisions sur la partnership, antérieures au xvii^e siècle, sont relatives à la maxime : *jus accrescendi inter mercatores locum non*

(1) L'expression *civil law* a un tout autre sens en droit anglais, elle désigne généralement le droit romain proprement dit, et quelquefois aussi les droits modernes qui en dérivent.

(2) On en trouvera un résumé dans l'introduction de M. Lerebours-Pigeonnière, au *Droit commercial* de Stevens.

(3) *Cyclopaedia of Law and Procedure*, t. XXX, pp. 350-352.

habet (1) ; et l'application de cette maxime aux partners prouve précisément que notre institution est régie par la *lex mercatoria*, ce qui est d'ailleurs confirmé par le fait que dans toutes les décisions de cette période, relatives à la partnership, les cours de la *common law* et de l'*equity* : *take judicial notice* de la *law merchant* et appliquent ces règles aux espèces qu'elles jugent (2).

Il est donc bien établi que jusqu'au début du xvii^e siècle la partnership est une branche de la *law merchant*. Or celle-ci est en grande partie dérivée des coutumes nationales issues des cités italiennes du moyen âge (3) ; d'où influence indirecte du droit romain qui explique les points de ressemblance de la partnership et de la *societas* (4).

Notre institution n'a d'ailleurs dû se développer qu'à la fin de cette période, avec le grand essor commercial anglais de l'époque d'Elisabeth (5) ; mais dès le début du xvi^e siècle, de nombreuses partnerships de-

(1) *Hammond v. Jethro*, 2 Brownl et G. 9799 ; *Jeffereys v. Small*, 1 Vern. Ch. 217, 23 Engl. Repr. ; cités, *ibid.* Sur la maxime en question, voyez *infra*, n° 53.

(2) *Bellasis v. Hester*, 1 Ld. Raym. 280-281 : « *jus accrescendi*... est une maxime de la *lex mercatoria* que les cours appliqueront sans qu'il soit nécessaire d'en prouver l'existence » ; citée : *Cyclopaedia of Law*, *ibid.* ; où l'on trouvera d'autres décisions analogues.

(3) *Ibid.* ; Introd. de M. Lerebours-Pigeonnière au Stevens, pp. xv-xvii ; Scrutton, dans les *Select-Essays*, I, p. 230

(4) Scrutton, *op. cit.*, pp. 159-161.

(5) Burdick, *On Part.*, p. 2.

mandent et obtiennent de la couronne des chartes d'incorporation et deviennent ainsi des *trading corporations* (1), dont plusieurs ont marqué dans l'histoire.

5. A partir du commencement du xvii^e et même dès la fin du xvi^e siècle, la fusion des deux branches du droit privé se dessine ; nous n'en faisons ici qu'un bref résumé (2).

La Cour de l'Amirauté : *Admiralty Court*, instituée dès le xiv^e siècle, qui avait au début, outre une compétence administrative, celle aussi des questions relatives aux commerçants étrangers, acquit petit à petit une influence considérable et devint la principale juridiction commerciale. Jalouses de cette importance, les cours de la *common law* tentèrent par tous les moyens de la diminuer, comme elles essayaient, et à la même époque, de supprimer cette autre juridiction qui avait acquis une importance considérable, celle du Chancelier. Dans les deux mouvements le rôle de Coke est prépondérant ; mais tandis que le dernier, dirigé contre *l'equity*, subit un échec complet, le premier au contraire fut couronné de succès. D'abord les cours de la *common law* réclament et obtiennent, dès avant Coke, leur compétence comme juridictions d'appel de toutes les cours

(1) Carr, *Trading Corporations* (1510-1707). Voir spécialement l'introduction, pp. xvii, xxxviii, xli, li, xcii et cii.

(2) Pour plus de détails, voyez toute l'introduction déjà citée de M. Lerebours-Pigeonnière au Stevens,

commerciales (1). Coke mena en particulier le mouvement contre la plus puissante de ces cours, celle de l'Amirauté, et réussit à lui enlever la connaissance de tous les contrats faits à terre comme en mer et même à l'étranger ; en fin de compte la compétence de cette cour fut tellement réduite qu'il fallut la réorganiser au xix^e siècle. Après lui, durant tout le cours du xvii^e, toutes les autres cours commerciales disparaissent. La *law merchant* va alors se fondre dans la *common law*, s'y incorporer (2) ; car la disparition des juridictions commerciales n'entraîne pas l'abrogation des coutumes constituant la *law merchant*, au contraire les cours de la *common law* continuent à en *take judicial notice* (les reconnaître judiciairement) (3) ; mais ces reconnaissances judiciaires se multipliant, la *law merchant* finit par ne plus former qu'une partie des coutumes dont l'ensemble constituait la *common law*. Cette deuxième phase dure jusque vers le milieu du xviii^e siècle ; c'est à Lord Mansfield que l'on attribue l'honneur d'avoir définitivement réalisé cette fusion entre les années 1756 et 1788, lorsqu'il était *Lord Chief Justice* de la *King's Bench Court* (4).

(1) *Ibid.* et H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(2) Introduction du Stevens, p. XLVI.

(3) *Cyclopaedia of Law*, *ibid.*, p. 351.

(4) Introd. du Stevens, *ibid.* et Scrutton dans *Select-Essays*, I, p. 240.

La partnership, branche de la *law merchant*, suit incontestablement celle-ci et est incorporée comme elle dans la *common law*, dont elle fait depuis partie intégrante jusqu'en 1865, date de la première loi régissant notre institution. C'est ce que prouve le fait que dans le courant du *xvii*^e siècle les décisions relatives à la partnership deviennent de plus en plus fréquentes dans les *reports*, car elle est maintenant de la compétence des cours de la *common law* et de l'*equity* (1).

Pour le reste, on en est malheureusement réduit aux probabilités. Ainsi, c'est vraisemblablement à cette époque que la partnership acquiert une physionomie nettement anglaise ; car elle devait être bien plus rapprochée des autres formes de sociétés contemporaines, tant qu'elle faisait partie de la *law merchant*. La *business* (2) a notamment dû apparaître à cette époque comme élément constitutif de la partnership ; car c'est, comme on le verra, une notion plus large que le commerce : *trade*, qu'elle a dû remplacer, mais dont elle semble actuellement encore empreinte.

Enfin en ce qui concerne l'*equity*, la partnership a toujours été une des institutions où la compétence de celle-ci était concurrente à celle de la *common law* (3),

(1) *Ciclopaedia*, *ibid.*

(2) Sur la *business* : entreprise sociale, voyez n° 12, *infra*.

(3) Snell, *op. cit.*, p. 10 ; Story, *On Eq.*, p. 282. Voyez aussi les divers recueils de décisions sur la partnership et spécialement J.-B. Ames, *Cases on Partnership*.

par opposition aux institutions, comme le *trust* ou la *specific performance* (1), qui originairement étaient de la compétence exclusive de la *chancery*.

Mais si théoriquement la *common law* et l'*equity* se partageaient la compétence des décisions relatives à la *partnership*, pratiquement parlant la compétence de l'*equity* devint de bonne heure exclusive pour tous les *cases* d'une certaine difficulté ou complexité (2).

Si en matière d'existence de la *partnership*, la majorité des *cases* antérieurs au XIX^e siècle appartient aux cours de la *common law* (3), pour toutes les autres branches du droit de la *partnership*, ces décisions prouvent la prédominance de la *chancery*. Ainsi en matière de recours des associés entre eux : les actions légales (4) de *covenant* et d'*assumpsit* étaient très insuffisantes et il en était encore ainsi après l'admission, assez ancienne, par la *common law* de l'*action of account* (5). Ces actions compliquées et coûteuses nécessitèrent l'intervention de l'*equity*, qui accorda aux associés, suivant les cas, des *injunctions* et même la *specific perfor-*

(1) Sur le *trust*, voyez n° 45 et H. Lévy-Ullmann, *Cours* 1920-1921 et sur la *specific performance*, n° 71, *infra*.

(2) Snell, *op. cit.*, *ibid.* ; H. Lévy-Ullmann, *Cours* 1920-1921.

(3) *Grace v. Smith* (1775) K. B., 2 W Bl. Ames, *Cases*, p. 1 ; *Hoare v. Dawes* (1789) K. B. 1 Doug. 374, *ibid.*, p. 4 ; *Wangh v. Carver* (1793). C. Pl, 2 H. Bl, 235, *ibid.*, p. 8, et s.

(4) C'est-à-dire de la *common law*, par opposition à *equitables*.

(5) Co. on Litt. 172 a. cit., p. Story, *On Eq.*, p. 283.

mance de certaines clauses du contrat constitutif de partnership (1).

Ainsi c'est encore l'*equity* qui appliqua au droit de la partnership les principes des *fiduciary relations* (2) et de l'*uberrima fides*, d'origine romaine (3).

Aussi le *Judicature Act* de 1873 reconnaît-il cette supériorité de l'*equity* en attribuant à la *Chancery Division* de la Haute-Cour toutes les décisions concernant la dissolution d'une partnership et les règlements de comptes entre associés.

Nous nous arrêtons là, en ce qui concerne l'histoire de la partnership *en common law*, car nous remonterons au cours de notre étude à l'état du droit d'avant la fin du XVIII^e siècle ; et passons maintenant à l'histoire des rares lois régissant notre institution et composant le *statute law* relatif à la partnership.

6. I. La première loi anglaise relative à la partnership date de 1865 ; c'est le statut 28 et 29 Vict. Ch. 86, intitulé : *An act to amend the law of Partnership* et plus connue sous le *short title* : *Bovill's Act*, du nom de son principal auteur. Elle est de peu d'importance comme on le verra plus loin (4).

(1) Story, *ibid.*, p. 285.

(2) Snell, *op. cit.*, p. 127 et 149 et Story, *On Eq.*, p. 283.

(3) Sur l'*uberrima fides*, voyez n° 72, *infra*.

(4) Voyez n° 18, *infra*.

Il suffit de dire ici que votée pour fixer la nouvelle règle de droit établie par le *leading case* : *Cox v. Hickmann*, cette loi était tellement mal rédigée, que le public et spécialement les *business men*, tentèrent de la faire interpréter comme créant une nouvelle forme de société, la *limited partnership*, correspondant à notre commandite simple ; ce qui n'était pas l'intention du législateur et fut réfuté par la suite par une série de *cases* importants (1).

II. La deuxième loi, celle de 1890, est par contre une loi d'ensemble sur notre institution. C'est le statut 53 et 54, Vict. Ch. 39, intitulé : *An act to declare and amend the Law of Partnership*, ou de son *short title* : *Partnership Act*, 1890 ; il fut voté le 14 août 1890 et entra en vigueur le 1^{er} janvier 1891.

La loi précédente est abrogée (2), mais ses principales dispositions sont reproduites par l'article 2, alinéa 3 de la nouvelle loi. Le *Partnership Act* de 1890, malgré son nombre relativement restreint d'articles (50), est une véritable codification du droit de la *partnership* (3) et le texte capital en notre matière,

(1) Les plus connus en sont : *Syers v. Syers*, 1 Ap. C. 175 et *Pooley v. Driver*, 5 Ch. D. 458 ; *adde*, n° 20.

(2) Art. 48 et *Schedule* du *Part. Act de 1890*.

(3) A ce titre elle fait, avec une série d'autres lois, partie du grand mouvement de consolidation et codification de certaines branches du droit anglais de la fin du XIX^e siècle. Voyez sur ce point H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

auquel nous nous référerons désormais continuellement. Ce n'est cependant pas une codification complète ; car conformément à son article 46 : « les règles « de l'*equity* et de la *common law*, relatives à la partnership, restent en vigueur dans la mesure où elles « ne sont pas incompatibles avec les dispositions « expresses de la présente loi ».

Elle s'applique par contre à tout le Royaume-Uni : Angleterre, Irlande et même à l'Ecosse, comme on le verra.

Voici un résumé de son histoire emprunté à Sir Frederic Pollock (1), qui est d'ailleurs son auteur principal. Ce dernier rédigea en effet en 1879 un projet : codifiant le droit de la partnership ; créant et réglant la formation de *Limited partnerships* ; et enfin établissant l'enregistrement et la publicité des *firms* (2). Ces deux derniers objets étaient ceux qui à l'époque présentaient le plus d'actualité et d'intérêt ; mais par la suite, ils furent successivement abandonnés ; le premier parce que la création et le grand développement de la *private company* semblaient rendre superflue une nouvelle forme intermédiaire de société entre la partnership et la company (3) ; le dernier, l'enregistrement

(1) Pollock, *Dig.*, pp. vii et viii de l'introduction.

(2) La *firm* est l'ensemble des membres d'une partnership ; voyez sur ce point n° 33, *infra*.

(3) Voyez sur ce point n° 24, *in fine*, et pour plus de détails sur la *private company* : Drouets, thèse Paris, 1922.

des firms, fut abandonné en 1880, à la demande du *Board of Trade*.

Réduit à ses deux premiers points, le projet fut étudié en 1882 par une commission spéciale et repoussé à nouveau parce que cette commission refusait d'admettre le système de la *limited partnership*.

Réduit à sa première partie, le projet fut remis en discussion en 1888 au *Board of Trade* ; en 1890 un projet substantiellement identique fut présenté à la Chambre des Lords, qui le vota avec quelques modifications et il en fut de même aux Communes.

Dans son ensemble, le Partnership Act de 1890 présente, comme on le verra par la suite, très peu d'innovations et celles qu'il introduit sont de peu d'importance. Il est inspiré de la partie de l'*Indian Contract Act* relative à la *partnership*.

III. La troisième et dernière loi anglaise relative à notre institution, celle de 1907, est le statut 7, Edw. 7, ch. 24, intitulé : *An act to establish Limited Partnerships* ou de son *short title* : *Limited partnership Act*, 1907. Nous nous occuperons dans un chapitre spécial, le Ve de la IIe partie de cette étude, de la nouvelle forme de *partnership* instituée par cette loi ; il suffit de dire ici que l'Angleterre, suivant l'exemple de la plupart des Etats de l'Amérique, adopte ainsi le principe de notre commandite, qu'elle avait repoussée plusieurs fois jusque-là (1).

(1) Voyez sur ce point : IIe partie, chap. V, sect. I.

7. En ce qui concerne les Etats-Unis d'Amérique, il n'y a rien à ajouter à ce que nous venons de dire sur l'histoire de la *partnerships en common law*, si ce n'est que la presque unanimité de ces Etats suivirent en tout la *common law* anglaise. Une seule exception doit être mentionnée ici : la Louisiane ; cette ancienne colonie française a conservé son droit propre, français aussi par conséquent. La *partnership* du droit de cet Etat n'est à proprement parler que la société de notre Code civil ; elle est, entre autres, douée de la personnalité juridique ; mais nous laisserons cet Etat de côté car son droit n'est pas du droit anglais.

Quant au *statute law*, la grande majorité des Etats de l'Union a soit une loi spéciale sur la *partnership*, soit plus souvent un code plus général dont une subdivision régit notre institution. Ce ne sont que des consolidations de la *common law* dépourvues d'originalité et même en général de valeur (1). Il faut à ce point de vue soigneusement en distinguer l'*Uniform Partnership Act* et l'*Uniform Limited Partnership Act*, qui méritent plus qu'une mention spéciale (2). La première, rédigée par une commission interfédérale pour l'unification des législations d'Etat (*Commissioners of Uni-*

(1) Pour plus de détails sur la législation des divers Etats en matière de *partnership*, voyez Burdick, *On Part.*, pp. 3-4.

(2) On les retrouvera à l'appendice, à propos de l'unification du droit de la *partnership* dans le monde anglo-saxon.

form State laws) en 1915, a été aussitôt adoptée par les législatures d'Etat de Maryland, Pennsylvania, Alabama et Wisconsin, puis successivement au Tennessee, Wyoming, Alaska, Michigan, Idaho, New-Jersey et New-York. La seconde un peu plus récente a été adoptée au Minnesota, Alaska, Tennessee, Idaho et New-Jersey (1).

Sans exagérer la valeur de l'Uniform P. Act, car on verra par la suite qu'il est critiquable sur plus d'un point, on peut dire qu'il constitue un progrès incontestable sur son modèle anglais, le P. A. de 1890.

(1) *American Bar Association Journal*, II, 3, p. 710 ; III, 3, p. 524 et V, 3, p. 481 ; *adde*, n° 126.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION DE LA PARTNERSHIP

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION

8. « La partnership est le rapport juridique (*relation*) « existant entre personnes engagées dans une entre- « prise (*business*) commune, en vue d'un bénéfice. »

Telle est la définition que donne de la partnership l'article 1^{er}, alinéa 1 du P. A. de 1890. Elle a été choisie parmi les nombreuses définitions proposées par les divers auteurs et *autoritees* anglais et américains (1). La définition de l'Uniform P. A. américain, article 6, alinéa 1, est la suivante : « La partnership est une associa- « tion de deux ou plusieurs personnes, pour s'engager « comme co-propriétaires dans une entreprise (*busi- « ness*), en vue d'un bénéfice. »

Elle diffère, on le voit, sensiblement de la première ;

(1) On trouvera une énumération complète des diverses définitions légales, doctrinales et jurisprudentielles, dans Lindley, 8^e éd., pp. 11 à 13 ; *American and Engl. Encycl.*, t. XXII, p. 13-14 ; *Cyclopaedia*, t. XXX, p. 349-350, et dans *Pooley v. Driver* (1876), 5, Ch. D. 458 ; *Ames, Cases*, p. 87-105.

toutes deux sont d'ailleurs critiquables sur plus d'un point, comme on le verra par la suite, et il en est de même des autres définitions proposées. C'est d'ailleurs un des caractères essentiels de tout le droit anglais de mal définir ; il évite même souvent de le faire, préférant décrire (1). La partnership en est un excellent exemple ; ainsi l'ouvrage de nos jours encore fondamental en matière de partnership, celui de Lord Lindley, ne la définit pas (2). Ce savant auteur, après avoir reproduit un grand nombre de définitions et après les avoir critiquées, déclare qu'il est selon lui impossible de donner de la partnership une définition qui soit à la fois exacte, complète et compréhensible ; aussi se contente-t-il, pour sa part, de la décrire (3).

Ainsi encore le P. A. de 1890, après avoir, dans l'alinéa 1 de son article 1^{er}, énoncé la définition incomplète de plus haut, revient-il à la charge dans son article 2, où il énumère les règles à appliquer pour déterminer s'il y a ou non partnership dans les cas douteux. Et ce procédé semble avoir l'approbation des juristes anglais ; Sir Frederic Pollock dit à ce sujet textuellement (4) : « Il est pratiquement plus important d'exclure d'une « définition les situations lui ressemblant plus ou moins

(1) H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(2) Les éditions postérieures à 1890 reproduisent la définition du Partnership Act.

(3) Lindley, *On Part.*, 3^e éd., pp. 1-4.

(4) Pollock, *Dig.*, p. 6.

« à première vue, que d'élaborer une définition absolument complète. »

Nous nous bornons pour le moment à reproduire les deux principales définitions légales, celle du P. A. de 1890 et de l'Unif. P. A. et passons dans la première section de ce chapitre à l'étude des éléments constitutifs de la partnership ; nous aurons ainsi, au fur et à mesure, l'occasion d'indiquer les défauts de ces définitions et de quelques-unes des autres définitions proposées. Puis dans la deuxième section de ce chapitre nous étudierons les règles de l'article 2 du P. A. de 1890, déterminant l'existence d'une partnership dans les cas douteux.

SECTION I. — Éléments constitutifs.

9. Selon le P. A. de 1890, la partnership n'est pas un contrat, comme c'est le cas pour notre société (1), c'est une *relation* : rapport, ou état (2) juridique, créé par un contrat : le *contract of partnership* ; et c'est ce qui résulte de la plupart des autres définitions proposées, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis d'Amérique (3). Quelques-unes cependant définissent la part-

(1) C. civ. fr., art. 1832.

(2) *Relation* correspond assez exactement à rapport ; et il vaut mieux réserver : état, pour traduire : *status* ; notion qu'on ne fait pas en général intervenir dans la définition de la partnership. Voyez cependant Parson, *On Part.*, p. 290 cité par Burdick, *On Part.*, p. 86.

(3) Cf. *Indian Contract Act*, art. 239.

nership comme un contrat (1), ou comme une association (2). C'est ce que fait, comme nous l'avons vu, l'Unif. P. A. Cette solution est critiquable, d'abord parce que c'est définir une expression juridique à l'aide d'un terme qui aurait lui-même besoin d'être défini (3), et ensuite parce qu'elle a le tort de mettre en avant cette association, ce groupement, qui nous le verrons n'est rien aux yeux du législateur tant anglais qu'américain, c'est-à-dire n'est pas une personne juridique distincte de ses membres (4).

10. Ce rapport juridique est toujours *conventionnel*, ce qui rapproche la partnership de notre société. Ceci est un de ses caractères essentiels que la définition du P. A. de 1890 a le tort de faire (5).

Actuellement l'opinion est unanime sur ce point en Angleterre : « La partnership résulte toujours d'un contrat volontaire entre associés et jamais du simple effet de la loi (6). »

Deux exceptions, plus apparentes que réelles, et dont

(1) Kent, *Comment.*, III, p. 23 ; Story, *On Part.*, § 2.

(2) *Civ. Code of New-York*, art. 1283 ; *Civ. Code of Calif.*, art. 2395.

(3) Sur le sens extrêmement variable du terme *association* en droit anglo-saxon, voyez Wrightington, *op. cit.*, pp. 1-4.

(4) Voyez I^{re} partie, chap. III, sect. I.

(5) La définition de l'Unif. P. A. échappe à cette critique, car une *association* est nécessairement conventionnelle.

(6) *Amer. and Engl. Encycl.*, t. XXII, pp. 13-14.

l'une est maintenant du domaine de l'histoire, doivent cependant être mentionnées, relativement à cette règle.

La première résulte de l'application en matière de partnership de la doctrine de l'*Estoppel*, propre au droit anglais. En vertu de celle-ci, toute personne qui s'est prévalu d'un acte juridique ou fait, est forclosé (*estopped*) d'en opposer l'inexistence ou l'irrégularité aux tiers qui ont agi en s'y conformant. L'application de ce principe général en matière de partnership a donné naissance à l'importante doctrine de *holding out*, en vertu de laquelle : quiconque se fait, ou se laisse passer pour associé dans une partnership déterminée, est tenu comme s'il l'était réellement envers toute personne qui, se fondant sur sa qualité d'associé, a fait crédit à la dite partnership (1). On retrouvera cette doctrine plus loin ; il suffit pour le moment de faire observer que ce n'est qu'une exception apparente au caractère essentiellement conventionnel de la partnership. En effet, la personne tenue pour responsable comme si elle était réellement associée ne l'est qu'à l'égard des tiers lésés ; même à leur égard, elle n'est pas engagée par tous les actes de ses quasi-associés qui engageraient un associé véritable ; notamment elle ne sera pas responsable des délits de ses quasi-associés (2). Aussi qualifie-t-on cette soi-disante partnership, soit de *quasi-*

(1) Art. 14, al. (1) du P. A. de 1890 ; voyez nos 84 à 86, *infra*.

(2) Voyez les mêmes numéros et Pollock, *Dig.*, p. 61.

partnership (1), soit de *partnership* à l'égard des tiers seuls (2).

La deuxième exception résultait avant *Cox v. Hickmann* (1860) (3), du simple fait de participer aux bénéfices d'une entreprise (*business*) ; quiconque en faisait ainsi était volens-volens tenu pour responsable comme associé, envers les tiers, exactement comme celui qui se fait passer pour associé. Aussi Lord Lindley employait-il ici encore le même terme de *quasi-partnership* (4). Mais le *leading case Cox v. Hickmann* a supprimé cette deuxième exception apparente au caractère conventionnel de toute *partnership*.

La règle est donc générale, la *partnership* est toujours conventionnelle en Angleterre (5). On trouvera dans les diverses encyclopédies de nombreuses applications jurisprudentielles de cette règle (6).

Aux Etats-Unis d'Amérique par contre, on trouve encore toute une jurisprudence conforme à la règle d'avant *Cox v. Hickmann*, selon laquelle une société peut résulter de l'interprétation de la loi (*construction*

(1) Lindley, 3^e éd., p. 34 ; 8^e éd., v. p. 44.

(2) Unif. P. A., art. 7, al. 1.

(3) Voyez *infra*, n^o 18 et suiv.

(4) Lindley, *ibid.*

(5) C'est la principale différence entre la *partnership* et les autres formes de propriété à plusieurs ; voyez n^o 52 *infra*.

(6) Voyez notamment : *Amer. and Engl. Encycl.*, t. XXII, p. 14.

of law) (1). Mais c'est l'opinion contraire qui est sanctionnée par l'article 7, alinéa 1^{er} de l'Unif. P. A.

11. Certaines définitions de la partnership, notamment celles de Kent et de Story (2), exigent comme élément essentiel un apport (*contribution*) de la part de chacun des associés, élément que l'on retrouve dans l'article 1832 du Code civil, pour notre société.

Mais cet élément ne se retrouve pas dans les définitions plus récentes ; c'est le juge Jessel, qui le premier fit remarquer dans la décision déjà citée de *Pooley v. Driver* de 1876, qu'il pouvait exister des associés n'ayant contribué ni en capital ni en travail ou expérience. Tel était selon lui le cas où une part ou intérêt dans la société était accordé à la veuve d'un associé. Depuis lors l'apport n'est plus exigé de la part de chaque associé ; mais l'hypothèse du juge Jessel est exceptionnelle (3).

Nous retrouverons d'ailleurs ce point au chapitre I^{er} de notre deuxième partie, à propos de la *consideration*, correspondant approximativement à notre cause, qui est exigé dans le *contract of partnership*, comme dans tout contrat du droit anglais, mais qui, en matière de partnership, peut ne consister que dans le risque des

(1) *Cyclopaedia*, t. XXX, p. 384, avec une jurisprudence abondante.

(2) Kant, *Comment.*, III, p. 23 ; Story, *On Part.*, § 2.

(3) Halsbury, t. XXII, p. 4. *Adde* ; n° 131 (2).

pertes éventuelles, ou même seulement dans la responsabilité que tout associé encourt sur tous ses biens à l'égard des tiers.

12. Nous arrivons maintenant à l'élément essentiel, prédominant, que l'on retrouve dans toutes les définitions anglaises de la partnership, sans exception, et qui lui donne une physionomie originale distincte de notre société civile. C'est la *business* que l'on peut traduire par affaire ou entreprise ; nous préférons, pour ce qui concerne notre matière, cette dernière traduction. Underhill, qui dans son excellent résumé du droit de la partnership (1), n'indique que deux éléments essentiels pour celle-ci, place sur le premier plan la *business*, dont nous nous occupons ici.

Un auteur plus ancien, Johnson (2), est peut-être plus caractéristique encore ; comparant la partnership à la *societas* romaine il dit : « En *common law*, la partnership est une notion active, car elle implique une *business* ; il faut à ce point de vue l'opposer à la propriété (*ownership*) qui est une notion passive. »

Rien de semblable ne se retrouve en ce qui concerne notre société civile dans les articles 1382 et suivants du Code civil.

(1) Underhill, *Law of Partnership*, London, 1899. Les qualités synthétiques de cet ouvrage, malheureusement un peu ancien, lui viennent de ce qu'il est composé d'une série de leçons professées par son auteur à l'Université de Cambridge.

(2) Cité dans Bouvier's, *Law Dictionary*, II, p. 597.

L'existence de cet élément est, comme nous l'avons dit, indispensable ; pas de partnership là où il n'y a pas de *business*, tous les auteurs anglais sont unanimes sur ce point.

Par application, il n'y a pas de partnership entre les copropriétaires fonciers qui exploitent leur fonds commun en vue d'un bénéfice, car il n'y a pas en ce cas de *business* (1).

Mais si les auteurs anglais sont si catégoriques en ce qui concerne le caractère essentiel de cet élément, le sens du terme *business* nous semble par contre bien peu précis.

L'article 45 du P. A. de 1890 le définit comme suit : *The expression business includes every trade, occupation or profession*. Il serait difficile d'en formuler une définition plus large. En fait, par contre, il semble résulter des décisions judiciaires, qu'il faut se limiter quant à son contenu à ce qui est reconnu comme *commercial and professional business* par les *business men* (2) ; ce qui n'est d'ailleurs pas moins vague, mais évidemment moins large. Pour préciser un peu cette notion si vague, il faut se rappeler qu'historiquement la *business* est un dérivé, un élargissement du *trade* : commerce, bien qu'actuellement encore on emploie parfois ces deux termes comme synonymes (3).

(1) Underhill, *op. cit.*, p. 3-5.

(2) *Ibid.*

(3) Le meilleur exemple en est le traité de droit commercial

Underhill est d'ailleurs le seul auteur anglais qui se préoccupe du sens de notre terme. Cela tient à ce que celui-ci est selon nous un excellent exemple de ces notions intuitives ou évocatrices, qui foisonnent en droit anglais, par opposition aux notions de pur raisonnement. Les termes exprimant les notions évocatrices sont difficiles sinon impossibles à expliquer rationnellement, ils s'adressent à notre instinct (1), c'est exactement le cas pour la *business* ici.

En tous cas il est bien établi que la définition si large du P. A. de 1890 ne modifie pas les règles légales plus anciennes, ou les usages judiciairement reconnus, qui interdisent, dans certaines occupations ou professions particulières, la constitution de *partnerships*. Il y a donc des *business* qui ne peuvent faire l'objet d'une *partnership* ; tel est le cas, par exemple, pour la profession d'avocat : *barrister* (2).

Notons enfin, pour en finir avec la *business*, une différence entre l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} du P. A. de 1890 et l'article 6, alinéa 1^{er} de l'Unif. P. A. Selon le premier, l'entreprise doit être *carried ou in common*, c'est-à-dire conduite au nom de tous les associés, et non pas effecti-

élémentaire de Persons, intitulé : *Law of Business*, 1 vol. 1918, Hartford (Connecticut).

(1) H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(2) Pollock, *Dig.*, p. 7 ; Halsbury, t. XXII, p. 4 ; *Addé* ; n° 69, *infra*.

vement par eux tous en commun (1). L'Unif. P. A. qui exige que les associés soient copropriétaires de la *business*, est bien plus clair sur ce point, que nous retrouverons d'ailleurs au n° 21.

13. Enfin, et c'est le dernier élément essentiel de la *partnership*, il faut que cette entreprise ait en vue un bénéfice : *profit* ; et comme importance cet élément égale celui de la *business*.

Ne sont par conséquent pas des *partnerships* toutes les associations désintéressées, charitables, ecclésiastiques, artistiques, sportives, etc., pas plus que les *clubs* (2).

C'est, on le voit, un point commun du droit anglais et des droits continentaux, où la société implique le même élément, ce qui a donné naissance à la même distinction des associations en intéressées et désintéressées.

L'article 1^{er}, alinéa 1^{er} du P. A. de 1890, ainsi que son correspondant de l'Unif. P. A., semblent se contenter de la vue d'un bénéfice et ne pas exiger que ce dernier soit partagé par les associés. Aussi a-t-on soutenu (3) que cette dernière condition n'était pas exigée ; car depuis

(1) Pollock, *Dig.*, p. 4 ; on y trouvera la définition que Sir Frederick avait lui-même proposée et qui échappait à cette critique.

(2) Halsbury, t. XXII, p. 4.

(3) Lindley, 8^e éd., p. 10 ; on ne retrouve pas cette observation dans les éditions antérieures à la 5^e, car elle est celle des auteurs contemporains, qui ont mis au courant l'ouvrage de Lord Lindley ; en ce sens Pollock, *Dig.*, p. 7.

Cox v. Hickmann le partage de bénéfices est un élément habituel, mais non plus essentiel de la partnership. Mais la grande majorité de la doctrine est en sens contraire (1) ; cette opinion, qui est une innovation, n'est pas exacte : le partage de bénéfices est un élément essentiel, indispensable à toute partnership, mais il n'est plus, depuis *Cox v. Hickmann*, suffisant, ce qui est tout différent (2). Il faut donc non seulement la vue d'un bénéfice, mais le partage de celui-ci entre tous les associés.

Quant au sens du terme *profit*, le droit anglais comme le droit français exige un bénéfice effectif, et ne se contente pas d'un simple avantage pécuniaire, comme celui que procurent à leurs membres les coopératives de consommation ou les mutuelles d'assurance (3).

On trouvera dans Lindley (4) une analyse détaillée du terme *profit*. En résumé, il faut distinguer le sens économique du mot de son sens juridique, beaucoup plus large que le premier. Dans le sens juridique, les bénéfices d'une entreprise représentent ses rentrées. La totalité de celles-ci constituent les bénéfices bruts : *gross profits* ; tandis que les bénéfices nets : *net profits* représentent le surplus de ces rentrées sur les dépenses.

(1) Pollock, *ibid.*, *Amer. and Engl. Encycl.*, t. XXII, p. 14.

(2) Voyez sur ce point, n° 18, *infra*.

(3) Il en est autrement des *companies* ; voyez n° 28, *infra*.

(4) Lindley, 3^e éd., pp. 16-18.

Ceux qui participent à la fois aux dépenses et aux bénéfices bruts participeront tant aux bénéfices qu'aux pertes éventuelles de l'entreprise. Mais il est clair que ceux qui participent aux *gross profits* seuls ne contribuent pas aux pertes, s'il y en a ; même ceux qui ne participent qu'aux *net profits* ne contribuent pas nécessairement aux pertes, car s'il n'y a pas de *net profits*, ils ne toucheront rien, mais ne débourseront pas davantage.

En droit anglais, on exige en matière de partnership la participation de tous les associés aux bénéfices nets ; celui qui n'y participe pas n'est pas associé. Mais le droit anglais n'exige pas que tous les associés contribuent aux pertes éventuelles. Comme l'a dit Lord Longborough dans *Coope v. Eyre* (1) : « Le droit anglais « n'interdit pas qu'un ou plusieurs associés promettent « d'indemniser les autres des pertes éventuelles ; et il « n'y a pas de raison d'enlever son effet à un contrat « de société contenant une telle clause » (2) (mais à l'égard des tiers tout associé même dispensé des pertes est également tenu ; il n'aura qu'un recours contre ceux de ses co-associés qui ont promis de l'indemniser). Telle est encore la règle en vigueur, bien que certains auteurs trouvent le contraire plus équitable (3).

(1) *Coope v. Eyre*, 1 H. B. 2.48 ; Lindley, 3^e éd., p. 22 ; 8^e, p. 55.

(2) *Adde* : n^o 67, *infra*.

(3) Halsbury, t. XXII, p. 4, note (e).

Cette solution est, on le voit, différente de celle du droit français, où les articles 1832 et 1855 du Code civil exigent tant la participation aux bénéfices que la contribution aux pertes de la part de tous les associés. La solution du droit anglais, qui laisse une plus grande liberté à l'intention des parties, est peut-être préférable sur ce point.

14. Pour récapituler, la *partnership* implique les éléments constitutifs suivants : c'est un *rapport juridique*, toujours *conventionnel*, où un *apport* est généralement fait par chacun de ses membres, pour s'engager dans une entreprise (*business*) commune, en vue d'un *bénéfice* à partager entre tous les associés.

Les deux définitions légales sont, on le voit, incomplètes sur plusieurs points.

Même ainsi complétée, cette définition s'applique, comme on le verra au chapitre suivant, aussi bien aux *companies* qu'aux *partnerships* proprement dites. Or les premières étant régies par des lois spéciales, antérieures au P. A. de 1890, devaient être exclues de la réglementation de ce dernier. C'est ce que fait l'alinéa 2 du même article 1^{er} de cette loi (1), en groupant sous ses numéros (a), (b) et (c), les *companies* en trois classes : (a) les *companies* enregistrées conformément à l'un des *Companies Acts*; (b) les *companies* incorporées

(1) Cf. art. 6, al. 2 de l'Unif. P. A. sensiblement équivalent.

par une loi spéciale, une lettre patente ou une charte royale, et (c) les companies minières, soumises à la juridiction des *Stannaries*.

La distinction des partnerships et companies, étant donnée son importance, fera l'objet de toute la section première du chapitre suivant.

SECTION II. — Règles pour déterminer l'existence d'une partnership.

15. Nous passons maintenant à l'étude des règles formulées par l'article 2 du P. A. de 1890 (1). Comme on l'a dit au n° 8, celles-ci excluent de la définition de la partnership, telle qu'elle est formulée par l'article précédent, des rapports juridiques qui lui ressemblent à à première vue (mais à première vue seulement). Bien que critiquable au point de vue théorique, ce procédé éminemment anglais est justifiable en pratique par ce fait, qu'une loi doit être avant tout claire et compréhensible pour tous, même pour les non compétents.

Ce texte contient trois règles dans ses trois alinéas respectifs ; nous étudierons les deux premières groupées ensemble dans le numéro suivant ; puis dans le reste de cette section la troisième et dernière règle, qui a une tout autre histoire et qui est de beaucoup la plus importante. Celle-ci concerne, comme on le verra, plu-

(1) Pour son texte, voyez Pollock, *Dig.*, p. 12-14 ; Cf. Unif. P. A. art. 7, sensiblement équivalent.

tôt, la preuve du *contract of partnership* que la question traitée dans ce chapitre (1).

16. Le premier alinéa de notre texte dispose que :

« Les diverses formes de propriété à plusieurs (*joint tenancy, tenancy in common, joint property, common property or part ownership*) (2) ne créent pas par elles-mêmes de *partnership* entre leurs membres, que ceux-ci partagent ou non les bénéfices résultant de l'usage des biens communs. »

Cette règle était superflue, car en premier lieu ces diverses formes de propriété à plusieurs peuvent ne pas résulter d'une convention (3), tandis que nous l'avons vu, la *partnership* est toujours conventionnelle ; ensuite et surtout parce que les rapports juridiques résultant de ces diverses formes de propriété à plusieurs, même s'ils sont d'origine conventionnelle, ne renferment pas la *business*, qui est au contraire, on l'a vu, un élément constitutif essentiel de la *partnership* (4).

Mais si ces diverses formes de propriété à plusieurs ne créent pas nécessairement de société entre leurs membres, le contraire peut résulter d'une convention, soit quant aux biens communs eux-mêmes, soit quant aux bénéfices résultant de leur exploitation, dans une

(1) *Addé* : n° 59, *infra*.

(2) Voyez sur ce point *infra*, chap. IV.

(3) *Ibid.*, n° 52 (1).

(4) Pollock, *Dig.*, p. 19 ; voyez cependant *infra*, n° 51.

business (entreprise) commune (1). Enfin la réciproque n'est pas vraie : la *firm* n'étant pas, en droit anglais, considérée comme une personne juridique, la *partnership* crée toujours une co-propriété, du moins quant aux bénéfices ; mais on le verra (2), c'est une forme de propriété à plusieurs, distincte de toutes les autres.

Le deuxième alinéa du même article établit la deuxième règle : « La participation aux bénéfices bruts » (*gross profits*) ne crée pas par elle-même de *partnership*, que les personnes qui y participent soient ou non copropriétaires de certains biens dont ces bénéfices dérivent. »

Comme la première, cette deuxième règle était superflue car, pas plus que dans les cas de propriété à plusieurs, il n'y a pas ici de *business* (affaire) commune (3). Il en est ainsi même si les parties se sont engagées par convention à supporter une certaine part des pertes (4).

Enfin, ni l'une ni l'autre de ces deux règles ne sont une innovation de la loi de 1890 ; il en a toujours été ainsi en *common law*, comme l'a établi Sir Ford North dans le *case Davis v. Davis* de 1894 (5).

(1) *Ibid.*, p. 5 et les *cases* cités à la note (i) ; *Adde* : pl. loin n° 54.

(2) Voir plus loin, chap. IV.

(3) Pollock, *Dig.*, p. 49.

(4) *Ibid.*, pp. 5-6, et les *cases* cités à la note (i).

(5) *Davis c. Davis*, 1, Ch. 393, 399 ; Pollock, *Dig.*, p. 14.

17. La troisième règle, établie par le troisième et long alinéa de l'article 2, est beaucoup plus importante. L'alinéa établit : « Que le fait, pour une personne, de recevoir une part des bénéfices d'une entreprise (*business*) constitue une présomption « (*prima facie evidence*) que la personne est associée « dans l'entreprise, mais n'en fait pas nécessairement « un associé dans l'entreprise. » Puis les sous-alinéas *a, b, c, d* et *e* appliquent cette règle aux cas particuliers : du créancier d'une partnership remboursé sur les bénéfices ; du salarié d'une partnership rémunéré par une part des bénéfices ; de la veuve ou de l'enfant d'un associé décédé recevant une annuité sur ces bénéfices ; du créancier recevant des intérêts variant avec les bénéfices, ou en place d'intérêts une part de ces bénéfices ; et du vendeur de clientèle (*goodwill*) payé sur eux.

Nous avons dit que ce texte avait une histoire tout à fait différente de celle des deux alinéas précédents. Il représente la grosse modification apportée au droit de la partnership par le *leading case* : *Cox v. Hickmann* (1) déjà souvent cité. Nous allons examiner successivement l'état de ce point de droit, avant et après *Cox v. Hickmann*, car cela est absolument indispensable pour comprendre ce texte, un des plus compliqués et obscurs qui puissent se trouver, même en droit anglais (2).

(1) *Cox v. Hickmann* (1860), 8 H. L. C. 268.

(2) En ce sens Underhill, *Law of Part.*, p. 25.

18. Avant *Cox v. Hickmann*, c'était une règle bien établie, que tout partage des bénéfices d'une entreprise constituait ceux qui y participaient associés dans cette entreprise. Nous avons déjà cité, à propos du caractère conventionnel de la partnership, cette ancienne solution dont le résultat bizarre était de créer une partnership légale, forcée, entre personnes qui n'avaient eu aucunement cette intention ; ou du moins de rendre ces personnes responsables envers les tiers, comme si elles étaient réellement associées dans l'entreprise. Lindley qualifiait cette partnership forcée de *quasi-partnership* ; l'Uniform. P. A., dans l'alinéa 1^{er} de son article 7, la qualifie de partnership à l'égard des tiers. C'est le *case* : *Grace v. Smith* de 1775 (1), qui établit pour la première fois cette règle. Elle fut approuvée après discussion dans le *leading case* *Waugh v. Carver* (2) de 1793. Elle reste depuis lors la règle en vigueur jusqu'à *Cox v. Hickmann*, donc jusqu'à 1860 ; mais elle était déjà fortement critiquée bien avant cette date ; si ses partisans la trouvaient satisfaisante et équitable, car il était juste, selon eux, que ceux qui profitent de la prospérité d'une entreprise en subissent également les risques, elle avait aussi des adversaires

(1) *Grace v. Smith*, 2 Will. Blackstone, 998 ; Lindley, *On Part.*, 3^e éd., p. 35-36 ; 8^e, p. 55-56 ; Ames, *Cases*, pp. 1-3 ; Burdick, *Cases*, pp. 45-46.

(2) *Waugh v. Carver*, 2 Hen. Blackstone, 235 ; Lindley, *ibid.* ; Ames, *ibid.*, pp. 8-17 ; Burdick, *Cases*, pp. 47-50.

qui ne pouvaient admettre qu'une personne prêtant de l'argent à intérêt fixe était traitée comme créancière et ne risquait rien au delà de la somme prêtée, tandis que celle se contentant d'un intérêt proportionnel aux bénéfices devait être traitée comme associée et était par conséquent exposée non seulement à la perte de la somme prêtée, mais à celle de tous ses biens (1). Aussi une première distinction fut-elle faite entre les bénéfices nets et les bénéfices bruts, la règle ne s'appliquant qu'aux personnes participant aux bénéfices nets. Puis, on en fit une seconde entre les bénéfices nets proprement dits et des sommes variant avec eux, ces dernières étant encore exclues (2). Mais la règle, ainsi restreinte, n'en restait pas moins en vigueur.

19. Le *leading case* *Cox v. Hickmann* (3) renversa cette règle (4). L'espèce était assez compliquée et le *case* ne s'applique pas seulement en matière de « partnership » (5). Voici pour ce qui nous intéresse ici l'es-

(1) En ce sens Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 54.

(2) Lindley, *ibid.*, 8^e éd., p. 57-59 et les *Cases* qui y sont cités.

(3) *Cox v. Hickmann* (1880), 8 H. L. G. 268 ; Ames, *Cases*, pp. 47-62 ; Pollock, *Dig.*, p. 15, et 19-20 ; Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 59-60 ; Burdick, *Cases*, p. 65-70.

(4) Ce *leading case* semble avoir été précédé par quelques *cases* américains statuant dans le même sens ; ainsi 30 ans auparavant par *Cox v. Delano*. Voir sur ce point : « American and English Encyclopaedia... », t. XXII, p. 20, et Story, *On Part.*, § 67.

(5) Ainsi dans *Gosling v. Gaskell* [1897], A. C. 575 ; 66 L.

sentiel des faits : Un commerçant s'était obligé envers plusieurs créanciers ; ne pouvant faire face à ses engagements, il conclut avec eux un arrangement, en vertu duquel le commerçant devait continuer son entreprise sous la surveillance de ses créanciers et ceux-ci devaient être graduellement désintéressés sur les bénéfices. L'entreprise devenant insolvable à nouveau, la question était de savoir si les créanciers étaient devenus associés de leur débiteur dans l'entreprise, donc responsables sur tous leurs biens des dettes de celle-ci.

La cour des Plais Communs avait déclaré à l'unanimité qu'ils étaient devenus par là responsables comme associés. Sur appel, la cour de l'Echiquier s'était divisée par moitié, et les juges de la Chambre des Lords, consultés pour la départager, en avaient fait de même (1). L'affaire vint ainsi en juin 1860 devant la Chambre des Lords ; et après de longs débats (2), la haute assemblée déclara à l'unanimité que les créanciers ne devaient pas être tenus pour responsables comme associés. Les opinions des divers juges (3) se basaient essentiellement : en premier lieu, sur ce que les *cases* précédents admettant la solution contraire différaient de l'espèce en jugement, ensuite sur ce qu'il n'y avait pas d'*auto-*

J. Q. B. 848, il a été fait une application des principes de *Cox v. Hickmann* à des *trustee's*; Pollock, *Dig.*, p. 15, n. (e).

(1) Lindley, *ibid.*, p. 59-60.

(2) Les débats durent jusqu'en août 1860. Ames, *ibid.*

(3) On les trouvera en détail dans Ames, *Cases*, pp. 47-62.

ritees déclarant que ceux qui participaient aux bénéfices seulement jusqu'à concurrence d'une somme fixe devaient être traités comme associés ; enfin sur ce qu'en l'espèce les *acting trustees* géraient l'affaire en tant que *principals* et non en tant qu'*agents* des créanciers, qu'en d'autres mots la *business* n'était pas conduite au nom de ces derniers. Comme on le voit, les Lords n'entendaient nullement, ou prétendaient ne pas répudier les principes des décisions antérieures. Telle fut cependant la portée effective de ce *case* ; mais il fallut pour cela plusieurs années (1).

Aussi en 1865, M. J. Bovill proposa une loi qui devint le statut 28 et 29 Vic. c. 86, dont nous avons déjà parlé dans notre introduction, qui devait mettre en évidence les conséquences du *case* : *Cox v. Hickmann* et ses principales applications. Mais cette loi (2) était tellement mal rédigée qu'elle fut, comme on l'a dit, interprétée par la majorité du public et spécialement par les gens d'affaires (*business men*), comme introduisant dans le droit de la partnership le principe de la commandite continentale. Aussi l'appelle-t-on le *Limited Partnership Act*. Dans cette opinion, le créancier d'une firm qui devait être remboursé sur ses bénéfices était maintenant un *limited partner* ou commanditaire, n'encourant de responsabilité que jusqu'à concurrence

(1) Pollock, *Dig.*, p. 20.

(2) On trouvera son texte dans Lindley, *On Part.*, p. 45-47 [3^e éd. seulement].

de sa créance (1). Cette interprétation n'était évidemment pas celle du législateur ; aussi fut-elle écartée par les *cases* qui suivirent. Le premier fut celui de *Syers v. Syers* de 1875 (2), mais il ne s'occupait qu'incidemment de la question. C'est le *leading case* *Pooley v. Driver* de 1876 (3), qui statua le premier directement sur la question. Sir G. Jessel M. R., dans un jugement remarquablement motivé, établit l'interprétation exacte de la loi de 1865. Ce *case* fut suivi par une série d'autres, le confirmant tous ; les plus connus en sont : *Ex parte Tenant*, *Ex parte Delhasse* et *Badeley v. The consolidated Bank*, ce dernier de 1888 (4).

La P. A. de 1890, qui abroge le Bovills Act (5), en reproduit les principales solutions dans l'alinéa 3 de son article 2, comme les principaux cas d'application, d'une règle plus générale, et cette énumération n'est pas limitative (6). Mais à part cela, le nouveau texte n'innove donc en rien, il maintient et confirme la règle en vigueur depuis *Cox v. Hickmann*, c'est-à-dire : *La participation aux bénéfices d'une entreprise est*

(1) Underhill, *Law of Part.*, pp. 9-12.

(2) *Syers v. Syers*, J. Ap. C., 175.

(3) *Pooley v. Driver*, 5 Ch. D. 438 ; Ames, *Cases*, pp. 87-103 ; Underhill, *Law of Partn.*, pp. 13-17 ; Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 67-68.

(4) *Ex parte Tenant*, 6 Ch. D. 303 ; *Ex parte Delhasse*, 7 Ch. D. 511 ; *Badeley v. The Consolidated Bank*, 38 Ch. D. 238.

(5) Voir le n° 6 de l'introduction.

(6) Pollock, *Dig.*, p. 20.

une simple présomption de *partnership*, elle ne sera *conclusive* qu'en l'absence d'autres preuves, ou lorsqu'il n'y a pas de convention écrite ; mais s'il existe un contrat détaillé, dont une des clauses prévoit une participation aux bénéfices, il est absurde de ne tenir compte que de cette partie de la convention ; c'est de l'interprétation de son ensemble qu'il faudra établir s'il y a ou non *partnership* en l'espèce (1). En ce faisant, il ne faudra naturellement pas attacher une importance particulière au fait que les parties ont, ou au contraire ont évité d'employer, le terme *partnership* dans leur convention (2).

Mais c'est tout ; on est, ou on n'est pas associé ; on ne peut pas le devenir dans une certaine mesure seulement et n'encourir qu'une responsabilité limitée ; jusqu'en 1907, il n'y a pas de *limited partner* en droit anglais (3).

20. C'est du moins ce que soutiennent les arrêts précités et leurs commentateurs. Mais il faut ici tenir compte de l'article 3 du P. A. de 1890. En combinant ce texte

(1) Pollock, *ibid.*

(2) En somme, comme on le voit, l'alinéa 3 de l'article 2 concerne plutôt la preuve de l'existence d'une *partnership* ; voir 2^e partie, n° 59.

(3) Pollock, *ibid.* Même depuis 1907 la constitution d'une *Limited Partnership* exige l'enregistrement. Voir 2^e partie, chap. V, sect. II.

avec l'alinéa 3 de l'article 2, il résulte que ceux qui participent aux bénéfices d'une entreprise, et qui conformément aux règles du dernier de ces deux textes n'y sont point associés, ne pourront au cas de faillite concourir avec les créanciers ordinaires de la partnership, c'est-à-dire avec ceux qui ne participent en aucune manière aux bénéfices. La situation que ce texte fait à ceux qu'il vise ne nous semble pas très différente de celle des commanditaires d'une société en commandite simple.

Cette question a beaucoup perdu de son importance pratique depuis le Limited Partnership Act de 1907, mais en conserve néanmoins, car, on le verra, cette dernière loi exige l'enregistrement de toute limited partnership, et la sanction du défaut d'enregistrement d'une telle société est qu'elle sera considérée comme partnership ordinaire (1).

21. La nouvelle règle établie par le leading case de *Cox v. Hickmann* a fait renaître la question du *test of partnership*, ou critérium d'existence d'une partnership (2). Comme on le verra (3), aucune formalité n'est exigée pour la constitution d'une partnership, un écrit n'est même pas en principe nécessaire. Pour le cas où il n'y aurait pas d'écrit, ou si celui-ci est obscur,

(1) Voir 2^e partie, chap. V, sect. II.

(2) Voir spécialement sur cette question : *American and Engl. Encycl.*, t. XXII, pp. 22-38.

(3) Voir 2^e partie, chap. I^{er}, sect. I.

n'y a-t-il pas d'élément révélant infailliblement l'existence de la *partnership* ?

Cet élément, ce critérium, était justement, avant *Cox v. Hickmann*, la participation aux bénéfices d'une entreprise. Depuis ce *leading case*, il a été abandonné, mais on en a cherché un autre. Ainsi on a proposé celui d'*agency* réciproque (1) et soutenu même qu'il résultait de *Cox v. Hickmann*. Pour qu'il y ait *partnership* il faut, disait-on, et il suffit, que certaines personnes soient réciproquement *principals* et *agents* les uns des autres. Mais ce critérium fut, lui aussi, vite abandonné. S'il est vrai, comme on le verra (2), qu'une *agency* réciproque résulte nécessairement de toute *partnership*, l'inverse n'est évidemment pas vrai : toute *agency* réciproque n'implique pas nécessairement une *partnership*.

On en est alors revenu à l'interprétation de l'intention des parties : Sauf application de la doctrine de *holding-out*, il n'y a de *partnership* que si les parties ont voulu en constituer une, car, depuis *Cox v. Hickmann*, la *partnership* est, comme on l'a dit (3), toujours conventionnelle. Si les parties ne peuvent pas, même si elles le veulent, stipuler pour elles les avantages juridiques

(1) Cf. la définition de Dixon citée par Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 11 : « Une *partnership* est une association volontairement non « incorporée d'individus étant les uns par rapport aux autres dans « la situation de *principals* pour la gestion d'une opération commune, ou pour une entreprise en vue d'un bénéfice commun. »

(2) Voir 2^e partie, chap. II, sect. I.

(3) Voir *suprà*, n° 10,

d'associé et écarter en même temps la responsabilité illimitée, ce n'est pas une exception à la règle que la partnership est toujours conventionnelle : c'est une application de la maxime : *ubi emolumentum.... ibi onus* ; les parties se sont trompées sur l'effet juridique de la convention qu'elles ont passée, voilà tout (1).

Aux Etats-Unis d'Amérique, la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas arrêtées à ce dernier critérium qui en somme n'en est pas un ; elles en ont proposé un nouveau sur lequel il semble que l'unanimité s'est à peu près faite et qui a été adopté par l'Unif. P. A., article 6, alinéa 1 (2). C'est le suivant : co-propriété des bénéfices d'une entreprise. Ce n'est qu'une combinaison des deux premiers critères que nous avons indiqués, celui d'avant *Cox v. Hickmann* et celui de l'*agency* réciproque : participation aux bénéfices en qualité de *principal*, c'est-à-dire de propriétaire et non de créancier (3).

Ce nouveau critérium ne se retrouve pas dans les ouvrages anglais, incontestablement plus complet que les deux premiers, il est douteux selon nous qu'il soit absolument vrai ; à ce point de vue nous préférons la solution anglaise de l'interprétation de la volonté des parties.

(1) *American and Engl. Encycl.*, t. XXII, pp. 24-27, où l'on renvoie pour plus de détails.

(2) Voir *suprà*, n° 12 *in fine*.

(3) *American and Engl. Encycl.*, t. XXII, pp. 27-30 ; on y trouvera de nombreuses applications jurisprudentielles.

CHAPITRE II

CLASSIFICATIONS

22. Telle que nous l'avons définie et analysée au chapitre précédent, la partnership admet plusieurs classifications (1). En premier lieu, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Partnership Act distingue, comme on l'a dit au n° 14, les partnerships proprement dites des companies. Puis les premières se subdivisent à leur tour en : universelles, générales et particulières d'une part, et en commerciales et non commerciales (*trading* et *non-trading*) de l'autre. Nous nous occuperons de la grande distinction des partnerships et companies dans la section première de ce chapitre ; puis nous réunirons dans sa deuxième section les deux autres classifications qui offrent bien moins d'intérêt ; nous y ajouterons, pour finir, quelques mots sur les diverses espèces d'associés : *silent*, *ostensible*, *secret*, *managing*, etc.

(1) Nous ne nous occuperons pas ici de la nouvelle catégorie de partnerships créée par le *Limited Partnership Act* de 1907 ; les *limited partnerships* feront l'objet d'un chapitre spécial de cette étude [chap. V, 2^e part.].

SECTION I. — Partnerships et Companies.

23. Nous ne tenterons pas ici une étude même résumée des companies ; nous les avons exclues du cadre de cette étude ; elles ont d'ailleurs, comme on l'a dit, fait l'objet de plusieurs études spéciales (1). Mais, comme on l'a vu au n° 14, la définition trop large de l'article 1^{er}, alinéa 1 du P. A. 1890, s'appliquant aussi bien aux companies qu'aux partnerships proprement dites (2), l'alinéa 2 du même article prend soin d'exclure les premières, régies par des lois spéciales, de la réglementation du P. A. 1890. Il importe donc de montrer, puisqu'on ne peut le faire par les définitions respectives (3), les principaux traits distinctifs de ces deux espèces de sociétés. Les voici dans l'ordre de leur importance :

24. Leur différence fondamentale consiste en ce que les ordinary partnerships se composent d'un petit nom-

(1) Voir n° 1, note 1.

(2) Aussi est-il parfaitement correct de considérer les companies comme des partnerships d'une espèce particulière, c'est ce que faisait Lindley, *On Part.*, 3^e éd., p. 1-4 ; Pollock (*Dig.*, p. 11) qualifie les premières d'*extraordinary partnerships*, par opposition aux secondes les *ordinary partnerships*. Voyez aussi la note suivante, et ce qu'il est dit au n° 28.

(3) Halsbury, *op. cit.*, V, au mot companies, renonce à définir celles-ci ; il les décrit comme une espèce particulière de partnership.

bre de membres (1), se connaissant bien, tandis que les companies sont généralement composées d'un grand nombre de membres (1), s'ignorant généralement les uns les autres.

Il en résulte que la partnership ordinaire repose essentiellement sur la *personal confidence* ou *delectus personarum* (2) ; tout changement apporté à sa constitution en produira la dissolution et la création d'une nouvelle ; c'est pourquoi la retraite, la mort ou même la faillite de l'un des associés, dissout la partnership ordinaire. Une autre conséquence du *delectus personarum*, est l'*agency* réciproque qui en résulte légalement entre tous ses membres, et dans un autre ordre d'idées, la responsabilité illimitée de tous ceux-ci. Au contraire, la company se composant généralement d'un grand nombre de membres, s'ignorant réciproquement, il est logique de permettre à ceux-ci d'en sortir à volonté en se substituant un nouvel associé ; et ce perpétuel renouvellement de ses membres est même le caractère essentiel de la company (3).

A ce point de vue il est logique, ou du moins acceptable, de refuser à la partnership ordinaire la personnalité juridique, tandis qu'il est au contraire indispensable de

(1) Sur la limite du nombre des membres des partnerships et des companies, voyez n° 60, *infra*.

(2) Nous retrouverons ce point aux n°s 70 et suiv.

(3) Halsbury, t. V, p. 12.

conférer à la company, avec la personnalité juridique, la *perpetual succession*, sorte d'immortalité, qui est le trait caractéristique de la *corporation* en droit anglais. Il est peut-être intéressant de noter au point de vue historique, que c'est précisément pour obtenir cette perpetual succession, qu'ont été demandées et accordées au xvi^e siècle les premières chartes royales d'incorporation de partnerships commerciales (1).

En somme, sauf ce que nous allons dire plus bas des *private companies*, la distinction anglaise des partnerships en companies et *ordinary partnerships* correspond à notre distinction des sociétés en sociétés de personnes et sociétés de capitaux, dont les premières elles aussi se basent sur *l'intuitus personarum*.

Telle est la différence fondamentale entre les partnerships et les companies (2) ; elle n'est généralement pas assez mise en lumière par les ouvrages français s'occupant de partnerships ou de companies (3), qui insistent davantage sur la personnalité juridique de la company et la non personnalité de la firm, distinction que nous retrouverons au numéro suivant. Il faut, il est

(1) Carr, *Select charters of trading corporations*, collect. *Selection, Society*, vol. 1913 ; voir spécialement p. xvii de l'introduction.

(2) En ce sens : Hémar, *op. cit.*, pp. 776 et s. ; Pollock, *Dig.*, p. 40 ; Halsbury, t. XXII, p. 3, note (a) ; Lindley, *On Part.*, 3^e éd., pp. 4-5 ; 8^e éd., pp. 22-24.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, 1, p. 11 et p. 120 ; Fernand-Laurent, thèse Paris, 1919 ; Thoumyre, thèse Paris, 1908.

vrai, ajouter, que si ce que nous venons de dire est généralement vrai en matière de companies, il n'en est pas toujours ainsi depuis la création des *private companies* (1). Nous verrons (2), en ce qui concerne le nombre des membres des deux grandes classes de partnerships, que le maximum de ceux d'une partnership ordinaire est actuellement fixé à dix ou vingt ; tandis que le minimum pour une company était de 7 avant 1908 ; il existe donc en principe des partnerships ordinaires avec plus de membres que certaines companies. La constitution des *one-man company* et la reconnaissance de leur régularité rendit même illusoire ce minimum de sept. La *one-man company* est une société par actions où la presque totalité de celles-ci appartient au même actionnaire, qui se contente, pour être en conformité avec la lettre de la loi (qui exige on l'a dit un minimum de sept actionnaires), d'en céder six à des amis. On abusa beaucoup de ce procédé pour éviter une faillite certaine, bien entendu au détriment des créanciers (3). Aussi la décision célèbre de *Broderip v. Salomon* (4) de 1894 qui déclarait une telle combinaison contraire à l'esprit de la loi, partant les asso-

(1) Sur la *private company* en général, voir Drouets, thèse Paris, 1922.

(2) Voyez n° 60, *infra*.

(3) Drouets, *op. cit.*, p. 31.

(4) *Broderip v. Salomon*, 1895, 2 Ch., C. A., 323 ; Warren, *Cases on Corporations*, pp. 148-157.

ciés responsables sur tous leurs biens, comme de simples partners, était-elle justifiée.

Cette décision souleva cependant une critique presque unanime, car elle rendait douteuse la légalité des *private companies*. Celles-ci, sans être formellement autorisées par un texte, semblaient jusque-là parfaitement légales et s'étaient beaucoup développées ; suffisamment pour faire repousser comme superflue la création de la *Limited Partnership* (1). Aussi la décision de plus haut fut-elle réformée, deux ans plus tard, en 1896 par la Chambre des Lords, qui revint à la stricte interprétation de la lettre de la loi et reconnut donc la légalité de la *one-man company* (2). Par la suite, la *private company* fut légalement reconnue et réglementée par le *Comp. Act* de 1907, abrogé et réincorporé dans le *Companies (Consolidation) Act* de 1908 ; et cette réglementation plus stricte mit fin aux abus qui avaient motivé la décision de 1894 dans *Broderip v. Salomon* (3). Pour conclure, le cas de la *one-man company* et surtout celui beaucoup plus fréquent de la *private company*, ne permet pas d'assimiler d'une manière

(1) Voir sur ce point n° 6 et *infra*, n° 113.

(2) *Salomon v. Salomon and Co*, 1877, A. C. 22, c'est le leading-case en matière de *one-man company*. V. Warren, *op. cit.*, *ibid.* ; Smith, *On assoc.*, pp. 53-55.

(3) Mais ces lois ont d'autre part supprimé tout minimum quant au nombre des membres d'une *private company*, celle-ci peut donc n'avoir que deux membres. Drouets, *op. cit.*, *ibid.*

absolue la distinction des *partnerships* et *companies* à la nôtre, entre les sociétés des personnes et sociétés de capitaux.

25. La deuxième différence, celle sur laquelle on insiste particulièrement d'ordinaire, consiste en ce que, dit-on, les *companies* sont des *corporations*, c'est-à-dire constituent des personnes juridiques, tandis que la *firm*, c'est-à-dire l'ensemble des membres d'une *partnership* ordinaire, n'en constitue pas une, pas même dans la *Limited partnership*.

On s'occupera de la non-personnalité juridique de la *firm* dans le chapitre suivant ; mais on peut déjà dire qu'il ne faut pas s'exagérer l'importance de cette différence, en droit anglais. D'une part, comme on le verra, les diverses dérogations apportées à la règle traditionnelle de la *common law* selon laquelle *there is no such a thing as a firm known to the law*, nous amèneront à dire que si la *firm* n'est pas encore une personne juridique : *legal person*, comme la *company* ou d'autres *corporations*, elle n'en a pas moins reçu une reconnaissance légale, elle constitue une entité juridique : *legal entitee* distincte de ses membres (une sorte de demi-personnalité). D'autre part, il n'est pas absolument exact de dire que toutes les *companies* constituent des personnes juridiques. Nous avons vu au n° 14 que l'alinéa 2 de l'article 1^{er} du P. A. de 1890 énumère trois classes de *companies* :

La première contient toutes les companies, enregistrées comme telles conformément à l'un des *Companies Acts* ; celles-ci constituent toujours nécessairement des *corporations* (1).

La deuxième contient les companies constituées en vertu d'une loi spéciale, d'une lettre-patente ou d'une charte royale. Celles-ci sont généralement des personnes juridiques, mais non pas nécessairement ; car la loi, charte ou lettre qui les constitue, peut ne pas leur accorder l'*incorporation* (2).

Enfin la troisième classe contient les companies minières soumises à la juridiction des *Stannaries* (3). Celles-ci ne constituent jamais des personnes juridiques ; ce ne sont d'ailleurs que des *partnerships* ordinaires, exclues de la réglementation du P. A. de 1890, parce que régies par des coutumes locales ou des lois spéciales (4).

Il est incontestable que l'immense majorité des companies, existant actuellement, font partie de la première de ces trois classes et constituent par conséquent des personnes juridiques ; mais il n'en reste pas moins vrai que cette personnalité juridique n'est pas la règle abso-

(1) Pollock, *Dig.*, p. 11.

(2) Pollock, *ibid.*

(3) Sur la cour exerçant cette juridiction, ainsi que sur tout ce qui concerne cette classe de companies, voir Halsbury, *op. cit.*, t. V, pp. 654-674.

(4) Pollock, *ibid.*, p. 11.

lue en matière de company et ne peut par conséquent pas non plus être invoquée comme critérium de distinction des partnerships et des companies.

26. Une troisième différence tient à l'étendue de la responsabilité des associés. Celle-ci est nécessairement illimitée dans les partnerships ordinaires. Tous les partners sont, conjointement avec leurs co-associés, responsables sur tous leurs biens des dettes de la partnership (1). Dans les limited partnerships instituées par la loi de 1907, nous verrons que la responsabilité du limited partner est réduite à son apport, tandis que celle des general partners est illimitée. Laissant de côté la limited partnership, de création récente, cette règle de la responsabilité illimitée de tous les membres d'une partnership a toujours été un des principes fondamentaux de la *common law* et même probablement (2) une des raisons pour lesquelles on refuse à la partnership la personnalité juridique.

La responsabilité des membres d'une company peut au contraire être limitée (*limited*) ou illimitée (*unlimited*) et très généralement elle est limitée. C'est la grande supériorité économique de la company sur la partnership ordinaire et c'est elle qui explique le succès rapide de la *private company* et l'insuccès corrélatif des

(1) Nous retrouverons ce point au n° 81.

(2) Voyez n° 35, *infra*.

limited partnerships (1), car celles-ci contiennent nécessairement au moins un *general partner* responsable sur tous ses biens.

Cette supériorité économique de la responsabilité limitée explique aussi le succès de l'enregistrement, pourtant facultatif, de partnerships ordinaires de plus de sept membres, mais de moins de dix (ou vingt) (2).

Il ne faut pas s'étonner cependant si dans les *Select Charters*, déjà citées, de Carr, cet argument n'est invoqué dans aucune des demandes d'incorporation ; peut-être que cette supériorité économique n'était pas encore constatée au xvi^e siècle ; mais eût-elle été une nécessité comme de nos jours, le conseil (*council*) ne l'eût probablement pas trouvée justifiée.

Pour conclure, pas plus que les deux premières différences, celle tenant à l'étendue de la responsabilité ne constitue pas un critérium sûr de distinction des partnerships d'avec les companies.

27. Une quatrième différence consiste en l'absence de formalités d'enregistrement en matière de partnerships ordinaires ; formalité exigée au contraire des companies de la classe *a* de l'alinéa 2, article 1^{er} du P. A. 1890, qui constituent, on l'a dit, l'immense majorité des companies. Mais ce critérium n'est pas plus

(1) Voyez n^o 114, *infra*.

(2) Voyez n^o 60, *infra*.

absolu que les précédents, car il existe des companies qui n'y sont pas soumises, tandis qu'au contraire on verra qu'elle est exigée des limited partnerships.

Il ne faut pas en tous cas confondre enregistrement et incorporation (1), ainsi les limited partnerships soumises à l'enregistrement ne sont pas par là incorporées, c'est-à-dire ne constituent pas des personnes juridiques.

28. Mentionnons enfin pour finir que depuis le *Companies (Consolidation) Act*, de 1908, toutes les associations que cette loi régit, c'est-à-dire toutes les companies, ne sont pas nécessairement des partnerships (sens large). Cela tient à ce que, tandis que le P. A. de 1890 exige, comme nous l'avons vu, pour qu'il y ait partnership, que l'entreprise (*business*) ait en vue un bénéfice effectif, le *Companies (Cons.) Act* de 1908 impose par contre l'enregistrement comme companies à des associations procurant à leurs membres un simple avantage pécuniaire. Ainsi une association d'assurance mutuelle maritime n'est pas une partnership, car elle ne procure pas à ses membres un bénéfice effectif, mais

(1) Voyez sur ce point Drouets, *op. cit.*, pp. 22-23 ; en résumé l'enregistrement est exigé dans trois cas : 1° pour obtenir la personnalité juridique ; 2° pour limiter la responsabilité de tout ou partie des membres ; 3° pour toutes les partnerships (sens large) comptant un nombre important (dix ou vingt) de membres.

cherche simplement à leur éviter une perte ; une telle association doit cependant, conformément à la loi de 1908, se faire enregistrer comme company (1).

29. Il n'y a donc pas de critérium absolu de distinction des partnerships ordinaires d'avec les companies ; l'un ou l'autre de tous ceux que nous venons d'indiquer nous prouvera dans tel cas particulier, que nous avons à faire à une company et non à une partnership, ou réciproquement.

Si ce n'était ce que nous avons dit au numéro précédent, on pourrait conclure que toute partnership différant du type classique réglementé par le P. A. de 1890, par l'un des traits indiqués dans cette section, c'est-à-dire, soit composée d'un grand nombre de membres, soit incorporée, soit soumise à l'enregistrement, etc., devient une company et comme telle réglementée par des lois spéciales. Mais cela n'est plus vrai depuis la création des limited partnerships. En outre, comme on l'a dit au numéro précédent, toutes les companies ne sont plus depuis 1908 conformes à la définition de la partnership (sens large) telle que la donne le P. A. de 1890.

D'autre part, la difficulté de la question qui nous préoccupe ne semble pas avoir été entrevue par les auteurs anglais ; alors la conclusion nous semble s'imposer : les notions de partnership et de company, et spé-

(1) Pollock, *Dig.*, p. 12,

cialement leur distinction, s'adressent plus à l'instinct qu'au raisonnement ; l'instinct des juristes anglais suffit à résoudre cette question, que notre raisonnement ne peut expliquer.

SECTION II. — *Autres classifications.*

30. *Partnerships universelles, générales et particulières.* — Une partnership est universelle, quand ses membres conviennent de mettre en commun tous leurs biens sans exception et de consacrer tout leur travail et expérience à l'entreprise commune. Bien que la possibilité théorique d'une telle société soit admise par la généralité des auteurs anglais, ils ajoutent tous qu'il n'y en a probablement pas d'exemple d'adoption, et qu'en tous cas il n'existe pas de décision judiciaire s'en occupant (1). Nous les laissons donc de côté ; la seule remarque qui mérite d'être faite à leur sujet est que l'on se montrerait particulièrement exigeant quant à la preuve de l'existence d'une telle société, si la question venait jamais à se poser (1).

Les partnerships qui ne sont pas universelles se divisent à leur tour en générales ou particulières. Elles sont générales lorsque l'entreprise sociale renferme toute une catégorie d'opérations et particulières lorsqu'elles ne se réfèrent qu'à une transaction déterminée.

(1) *American and English Encycl.*, t. XXII, p. 60.

Ces dernières sont quelquefois appelées *limited partnerships*, mais il ne faut pas confondre ce sens du terme avec celui, bien plus usuel, résultant du *Limited Partnership Act* de 1907 et correspondant à notre société en commandite simple.

L'expression *joint adventure* est à ce point de vue préférable. La *joint adventure* est souvent secrète et correspond alors à notre association en participation (1).

La *joint adventure* ne se distingue en rien, quant à sa réglementation légale, des autres sortes de *partnerships*, en droit anglais proprement dit (2); on ne retrouve même pas la distinction, chez la plupart des auteurs anglais. En Ecosse par contre, les auteurs (3) la distinguent soigneusement de la *partnership* et cela nous semble parfaitement justifié (4), si l'on tient compte de ce que la *partnership* est, comme nous le verrons au n° 37, en droit écossais, une personne morale, qualité qu'il est difficile de reconnaître à la *joint adventure* souvent secrète, et en tous cas essentiellement temporaire (5).

(1) Mais l'association en participation renferme des cas qui ne sont pas des *partnerships*, tels que l'achat en commun de biens à partager entre associés. Pollock, *Dig.*, p. 7.

(2) Pollock, *ibid.* et *Reid v. Hollinshead* (1825). 4. B et C. 867 ; 28. R. R. 488 ; Ames, *Cases*, pp. 29-33.

(3) Bell, *op. cit.*, II, § 392.

(4) *Contra* : Pollock, *ibid.*, p. 6.

(5) Tandis qu'au contraire le trait essentiel de la *corporation* est la *perpetual succession*.

31. *Trading et non trading partnerships.* — La distinction des partnerships en commerciales et non commerciales présente par contre un intérêt pratique, bien que réduit ; elle est de plus intéressante en ce qu'elle est actuellement l'un des deux (1) seuls exemples de survivance de l'ancienne séparation du droit privé en droit civil et droit commercial (2).

L'intérêt de la distinction est relatif au pouvoir de l'associé, question que nous retrouverons plus loin (3). En résumé, l'associé d'une *trading partnership* a une *implied authority* plus étendue, pouvant faire au nom de sa firm (outre les actes permis à tous les associés) les actes suivants : émettre, signer ou endosser des effets négociables, emprunter et donner en gage les biens sociaux. L'associé d'une partnership non commerciale est au contraire présumé ne pas avoir ce pouvoir, sauf preuve contraire.

La question de savoir si telle société est ou non commerciale n'est pas tranchée par le P. A. 1890 ; c'est une pure question de fait (4) souvent délicate. En général, une firm est commerciale lorsqu'elle s'occupe d'achats et préparatifs en vue de la revente d'objets transformés ou non par elle ; et cela d'une manière continue et non

(1) L'autre exception concerne la faillite de la femme mariée : Stevens, *op. cit.*, intr. p. x-xi.

(2) Ceci tout au moins quant au *substantiv law*.

(3) Voy. 2^e partie, chap. II, sect. I.

(4) Stevens, *ibid.*, p. xii.

accidentelle (1). Ont été, entre autres, jugées commerciales les partnerships pour l'exploitation d'un magasin d'alimentation, de couture, de quincaillerie, etc. Ont été jugées au contraire non commerciales celles d'avoués (*attorneys*), de fermiers ou cultivateurs, celles d'imprimerie, d'édition, etc. (2).

32. Les *associés* : *partners* d'une même partnership peuvent à leur tour se classer en plusieurs catégories.

Selon qu'un associé est ou non connu des tiers comme membre de la firm avec laquelle ceux-ci contractent, il s'appelle *ostensible* ou *secret*. Pour que la partnership soit elle-même secrète, il faut que tous ses membres moins un soient *secrets*.

Selon qu'un associé participe ou non à la gestion de l'entreprise sociale, on l'appelle *active* ou *silent*. Il faut remarquer que d'une part un associé *active* peut être soit *ostensible*, soit *secret*, et que d'autre part un associé *silent* peut être aussi soit *ostensible*, soit *secret*, selon que leur qualité d'associé est ou non connue des tiers.

L'associé qui est à la fois *secret* et *silent* s'appelle *dormant* ; il ne participe donc pas à la gestion et ses rapports avec la société sont inconnus du public. Mais un

(1) *American and English Encyclopaedia*..., t. XXII, p. 62.

(2) *Ibid.*, pp. 62-63, où nous renvoyons pour plus de détails ; on y trouvera de nombreux exemples des deux classes de sociétés, ainsi qu'une jurisprudence abondante.

seul de ces éléments ne suffit pas pour qu'un membre de la firm soit un *dormant partner*. En fait cependant on confond les trois termes *secret*, *silent* et *dormant*, c'est-à-dire qu'on les emploie les uns à la place des autres.

La personne qui n'est associée qu'en apparence, mais non en réalité, c'est-à-dire celle qui se fait ou se laisse passer (*Holds out*) pour associé (1), s'appelle *nominal* ou *quasi partner*. Ici aussi l'on confond souvent les termes *ostensible* et *nominal*. Le nouvel associé admis du consentement de tous les anciens membres, dans une firm préexistante, s'appelle *incerning partner* ; celui qui se retire d'une firm dont les autres membres conviennent la continuation s'appelle *out going* ou *retiring partner*. Celui des associés qui, à la dissolution d'une partnership, est chargé de la liquidation de ses affaires s'appelle *liquidating partner*.

Enfin on trouvera en matière de limited partnership (2) des *general* et des *special* ou *limited partners*, correspondant, les premiers aux commandités, les derniers aux commanditaires de notre société en commandite simple. Cette dernière distinction n'a donc absolument rien à voir avec la classification de plus haut des partnerships en générales et spéciales ou particulières.

(1) Voyez n° 10, *suprà* et *infra*, n°s 84 à 86.

(2) Voyez 2^e partie, chap. V.

CHAPITRE III

LA FIRM (NON PERSONNALITÉ JURIDIQUE)

SECTION I. — Le principe.

33. « On appelle *firm* l'ensemble des personnes
« ayant convenu de se constituer en partnership ; et le
« nom sous lequel est gérée l'entreprise commune s'ap-
« pelle la *firm name* (1). »

Telle est la définition que donne de la *firm* l'article 4 (1) du P. A. de 1890.

La *firm* n'est pas en droit anglais une personne juridique distincte des membres qui la composent ; c'est une simple abréviation remplaçant l'énumération de tous ses membres ; on peut la comparer au procédé des annotations algébriques (2). Cette non-personnalité juridique de la *firm* n'est pas expressément déclarée par la loi de 1890, mais résulte à *contrario* de l'alinéa 2 du même article de cette loi :

« En Ecosse une *firm* est une personne juridique distincte des membres qui la composent... »

Donc en Angleterre elle ne l'est pas ; si notre loi ne

(1) Cette dernière correspond par conséquent à notre raison sociale ; voyez sur ce point n° 43, *infra*.

(2) Underhill, *op. cit.*, p. 63.

le dit pas expressément, c'est qu'elle n'avait pas besoin de le faire ; c'est une règle traditionnelle et connue de la *common law* que : *there is no such a thing as firm known to the law* » (1). Cette règle est elle-même, comme nous allons le voir de suite, une application logique des principes généraux du droit anglais en matière de *corporation*.

34. La théorie anglaise de la personnalité juridique, ou à plus proprement parler, la théorie de la *corporation* (2), qui correspond en droit anglais à notre personnalité juridique, mériterait à elle seule de faire l'objet d'une étude spéciale, car elle est en général mal connue et ce n'est qu'en étudiant son évolution historique que l'on peut en comprendre les *incidents*.

C'est ainsi à tort, selon nous, que la plupart des auteurs qui se sont occupés de la corporation ont soutenu que sa théorie équivaut à la doctrine continentale de la fiction (3). Si cette dernière permet d'expliquer

(1) Pollock, *Dig.*, p. 24. *Ex parte Corbett* (1880), 14^e Ch., D. 122 ; Burdick, *Cases*, p. 134.

(2) Bibliographie sommaire de la corporation : H. Lévy-Ullmann, *Cours 1917-1918, 1920-1921 et 1921-1922* ; Pollock, *On Contr.*, pp. 419 et s. ; Pollock, *Essays in the law*, pp. 151-179 ; Salmond, *op. cit.*, pp. 343 et s. ; Stephen, *op. cit.*, t. I, pp. 365 et s. ; Holland, *op. cit.*, pp. 298 et s. ; Anson, *On Contracts*, pp. 188 et s. ; et comme monographies spéciales, Adler, *op. cit.* ; Smith, *On associations* et surtout Carr, *Law of Corporations* ; voir aussi les diverses encyclopédies au mot *Corporation*.

(3) En notre sens : Pollock, *Essays*, pp. 151 et s.

la plupart des solutions du droit anglais et notamment qu'un groupement de personnes physiques n'acquiert pas la personnalité juridique de plein droit, mais seulement en vertu d'une reconnaissance du pouvoir souverain (1), cette doctrine de la fiction ne les explique pas toutes et notamment ne fait pas assez de place à ce trait caractéristique de la corporation qui est la *perpetual succession*, que l'on ne peut traduire que par immortalité.

Quoi qu'il en soit, la théorie de la fiction est encore fortement représentée en Angleterre (2), bien que les ouvrages les plus modernes semblent incliner vers la théorie réaliste (3).

Au point de vue des solutions positives du droit anglais et de leur explication historique, il vaut mieux, selon nous, dire avec Carr (4), que la théorie de la corporation se suffit à elle-même et n'a besoin, pour être expliquée, ni de la fiction, ni d'aucune autre théorie continentale.

35. Nous ne pouvons en dire davantage sur la corpo-

(1) Ceci n'est d'ailleurs plus absolument vrai depuis les *Companies Acts*, qui accordent la personnalité juridique aux compagnies qui se font enregistrer conformément à leurs dispositions.

(2) Par Salmond, *op. cit.* ; Stephen, *op. cit.* ; Holland, *op. cit.* ; Adler, *op. cit.* et c.

(3) Pollock, *On Contr.* et Pollock, *Essays*, et partiellement Carr, *Law of Corporations*.

(4) Carr, *ibid.*, p. 198.

ration, car ce serait sortir de notre sujet ; mais ce que nous avons dit suffit pour expliquer pourquoi la *common law* refuse la personnalité juridique à la firm.

En premier lieu, si l'on tient compte de ce que nous avons dit au n° 30 sur la *joint adventure*, qui n'est pas distinguée en droit anglais de la *partnership*, la firm ne possède pas assez de stabilité, de durée, pour devenir une *corporation* dont le caractère essentiel est la *perpetual succession*.

Ensuite et surtout, car le droit anglais est essentiellement formaliste, la firm n'est soumise à aucune formalité d'enregistrement, comme les *companies*, formalité à laquelle on puisse attribuer une sorte de reconnaissance tacite de personnalité juridique.

On ne retrouve pas ces arguments, chez les auteurs anglais, pour expliquer la solution traditionnelle de la *common law*. Les auteurs de traités sur la *partnership* se bornent sur ce point à énoncer cette doctrine traditionnelle et à en indiquer les conséquences, par opposition à la solution du droit écossais et à ce qu'ils appellent la conception commerciale (*mercantile*) internationale.

Les rares places où l'on retrouve une tentative d'explication de la non-personnalité juridique de la firm, c'est en faisant intervenir la responsabilité illimitée de ses membres (1) ; du moment que tous les membres de la

(1) *American and English Encyclopaedia...*, t. XXII, p. 70 ; Clark, *op. cit.*, p. 29 et même Carr, *Coll. Own.*, p. 67-68.

firm restent tenus personnellement de toutes les obligations contractées par celle-ci, c'est que cette dernière n'existe pas aux yeux du droit, n'est pas une personne juridique. Ce rapprochement de la non-personnalité juridique et de la responsabilité illimitée constitue une confusion, la preuve en est qu'il existe des *Companies Unlimited*, c'est-à-dire dont les membres sont tous personnellement responsables de toutes les obligations sociales, et qui constituent pourtant des personnes juridiques (1), et qu'à l'inverse il peut exister des companies dont les membres ne soient responsables que jusqu'à concurrence de leur mise et qui ne constituent cependant pas des personnes juridiques (2).

36. Les critiques n'ont pas manqué, surtout récemment (3), contre cette non-personnalité juridique de la firm. Elles ont d'ailleurs beau jeu puisque, comme nous le verrons dans la section suivante, le droit anglais a été obligé d'y déroger sur de nombreux points pour des raisons de nécessité pratique. Elles invoquaient aussi la solution opposée du droit écossais. L'Uniform Part-

(1) Voyez sur ce point les ouvrages relatifs aux companies et les thèses citées au n° 1, note 1.

(2) Car la Couronne peut constituer par lettres patentes des companies sans leur accorder l'incorporation. Pollock, *Dig.*, p. 111 et la note (u).

(3) Voir notamment Harward, *Law Review*, t. XVIII, pp. 207-208.

nership Act a dû, à ce point de vue, causer des déceptions, car s'il est muet sur le principe même de la personnalité ou non-personnalité juridique de la firm, il n'en consacre pas moins cette dernière solution, puisqu'il réglemente la *tenancy in partnership*, c'est-à-dire l'état de co-propriété des associés (1).

37. La situation est donc la même qu'en Angleterre, dans ceux des Etats-Unis d'Amérique qui ont adopté l'Uniform P. A., et *à fortiori* dans tous les autres qui ont conservé leurs codes ou lois régissant la *partnership*. Il faut bien entendu en exclure la Louisiane où, nous l'avons dit, la *partnership* est une personne juridique (2).

Il en est de même de l'Egypte, dont les Codes civils et commerciaux sont sensiblement semblables aux français (3). Les sociétés commerciales le sont en vertu même des textes. Quant aux sociétés civiles, une jurisprudence bien établie la leur accorde sans nécessité de se conformer à des formalités de publicité ou inscriptions ; il suffit qu'il y ait un fonds social, distinct des biens personnels des associés (3). Enfin il en est encore de même en Ecosse et ceci est plus intéressant, car le droit écossais, bien qu'ayant subi une forte influence

(1) Voir sur ce point, n° 54.

(2) Voir le n° 7 de l'introduction.

(3) Walton, *op. cit.*, I, p. 341-342.

romaine et française, est en somme quand même un droit anglo-saxon (1).

L'article 4 du Partnership Act le dit expressément dans son alinéa 2 : « en Ecosse, une firm est une personne juridique distincte des associés qui la composent ; mais un jugement contre la firm peut être exécuté sur les biens de l'un des associés... ». Cela a d'ailleurs toujours été la règle en Ecosse (2). Le deuxième membre de phrase de l'alinéa 2 est encore un exemple de confusion de la personnalité juridique avec la responsabilité limitée (3).

SECTION II. — Application du principe.

38. Si le principe de la non-personnalité juridique de la firm est incontestable en droit anglais, nous allons maintenant voir qu'il n'en subsiste actuellement pas grand'chose, quant à son application.

Nous allons d'abord indiquer les conséquences strictes de la non-personnalité dans l'ancienne common-law ; puis les dérogations successives qui y furent apportées par la suite.

(1) Sur le droit écossais très intéressant par son électisme des solutions anglaises et continentales, voir H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(2) Clark, *op. cit.*, *ibid.* ; Bell, *Comm.*, I, p. 507 ; Erskine, *op. cit.*, p. 347 ; Lindley, *On Part.*, 8^e éd., Append.

(3) Voir *suprà*, n^o 35.

39. En common law, le principe de la non-personnalité juridique de la firm a d'abord été appliqué dans toute sa rigueur. La firm n'existant pas aux yeux du droit, ses biens sont ceux de ses associés, possédés en indivision, il en est de même de ses créances et obligations ; tout contrat et toute action en justice étaient impossibles entre une firm et un ou plusieurs de ses membres, car c'eût été contracter avec soi-même ou être à la fois demandeur et défendeur à la même action. Pour la même raison deux firms, ayant même un seul membre commun, ne pouvaient ni contracter entre elles, ni s'actionner réciproquement en justice. Bien plus, une firm ne peut même pas à proprement parler actionner ou être actionnée en justice, autrement qu'au nom de tous ses membres, et les règles rigoureuses de procédure s'appliquaient, l'action échouait au cas de *mis-joinder* ou *non joinder* d'un seul des associés.

Même en *equity*, il était généralement nécessaire, dans toute action relative à une partnership, de faire comparaître tous les associés devant la Cour (1). Les Cours d'équité adoptent cependant dans une certaine mesure la conception commerciale internationale de la firm : personne juridique, en ce qui concerne les comptes de liquidation d'une partnership. Pour la simplification de ces comptes, elles considèrent chaque associé respectivement créancier et débiteur de la firm,

(1) Carr, *Coll. Own.*, pp. 66-67.

tandis que dans la conception traditionnelle chaque associé ne pouvait être créancier et débiteur que par rapport aux autres associés individuels (1).

En résumé, et pour employer les termes romains la *societas* n'est rien, le *socius* est tout (2).

40. Même en common law cependant, la non-personnalité juridique de la firm n'engendrait pas des conséquences aussi absolues que celles qui lui eussent été attachées en droit français.

1. En premier lieu, mais ceci n'a pas une grande importance pratique, la part (*share*) ou intérêt d'un associé sur les biens de la partnership, est toujours considérée comme *personal estate* (mobilière dirions-nous), même si les biens communs contiennent de la *real property* (3).

2. Ensuite et surtout parce qu'en matière de faillite le *joint estate*, c'est-à-dire les biens sociaux, est employé au paiement des dettes de la partnership, et les biens séparés (4) de chaque associé au paiement de ses dettes particulières ; et ce n'est que le surplus de chacune de ces catégories de biens qui retourne à l'autre.

Cette règle qui est maintenant formulée par le *Ban-*

(1) Lindley, 8^e éd., pp. 135-137.

(2) Carr, *Collectiv Own.*, *ibid.*

(3) Voir n^o 52 *infra*.

(4) Sur la distinction du *joint estate* et du *separate estate*, voyez n^{os} 95-79, 2^e partie.

krupcty Act de 1914, art. 33, alinéa 6 (1), est une règle bien établie de la common law confirmée par de nombreux *cases* dès le début du XIX^e siècle (2).

Elle a cependant toujours été critiquée comme empirique (3).

On ne voit pas pourquoi en effet on ne permet pas aux créanciers de la firm de se faire payer sur les biens séparés des associés en concurrence avec leurs créanciers particuliers.

Sur ce point, le droit anglais qui ne reconnaît pas de personnalité juridique à la firm va plus loin, quant à la séparation des biens sociaux et des biens séparés des associés, que le droit écossais, qui lui admet, on l'a vu, la personnalité juridique de la firm, et pourtant permet aux créanciers sociaux de concourir avec les créanciers séparés sur les biens séparés des associés, mais seulement dans la mesure où les biens de la firm ont été insuffisants (4).

La règle anglaise n'est d'ailleurs pas absolue et admet des exceptions : ainsi la Cour a le pouvoir de con-

(1) Cf. *Indian Contract Act*, art. 262.

(2) Lord Eldon, dans *Gray v. Chiswell*, 1803, 9 Ves., 126 ; 32, E. R., 550 ; 7, R. R. 152 ; *Dutton v. Morrison* (1810), 17, Ves., 211 ; 34, E. R., 81 ; 11, R. R., 65 ; *Ridgway v. Clare* (1854), 19, Beav., 111 ; 52, E. R., 291 ; 105, R. R. 80 et *Lodge v. Prichard* (1863), 1, D. J. S., 613 ; 46, E. R. 243 ; 137 R. R., 317.

(3) Voyez les deux premiers arrêts cités à la note précédente et Pollock, *Dig.*, pp. 163-166.

(4) Pollock, *ibid.*, p. 165.

solider les deux catégories de biens lorsqu'elles sont inextricablement confondues (1). Ainsi encore les créanciers de la firm pourront concourir avec les créanciers séparés au cas où il n'existe pas de *joint estate* ; ceci est une ancienne règle de la common law qui subsiste, l'article 33 de la loi de 1914 étant muet sur ce point (2). Il en est de même du *trustee* des biens communs d'une firm en faillite, pour le cas où un des associés a frauduleusement converti la *partnership property* à son usage particulier, sans le consentement ou la ratification subséquente de ses co-associés (3). Enfin, inversement, un associé pourra concourir avec les créanciers sociaux, sur les biens communs, lorsque ses biens séparés ont été frauduleusement convertis à l'usage de la firm sans son consentement (4). Les deux dernières exceptions, malgré le grand nombre et l'ancienneté des décisions sur lesquelles elles se basent (5), sont d'ailleurs délicates quant à la question de savoir ce qui constitue une conversion frauduleuse de propriété, et en ce que le consentement ou la ratification

(1) *Ex parte Trotman* (1893), 68, L. T. 588, 5 R. 349 ; Pollock, *ibid.*, p. 163.

(2) Pollock, *ibid.*, p. 167.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*, p. 171-172.

(5) *Ex parte Lodge and Fendal* (1790), 1, Ves. Jr., 166 ; 30, E. R. 283 ; *Ex parte Harris* (1813), 2 V. et B. 210, 35 E. R. 298, 13 R. R. 65 ; *Lacey v. Hill* (1876), 4 Ch., D. 537, et c. et v., Pollock, *ibid.*, pp. 167-181.

subséquente peuvent être tacites et même résulter de la conduite des intéressés. Mais ce serait nous écarter de notre sujet que d'entrer dans ces détails (1).

3. Le troisième tempérament à la rigueur de la doctrine traditionnelle de la non-personnalité juridique de la firm consiste en l'emploi, pour tourner les diverses conséquences de cette non-personnalité, de l'institution du *trust* (2).

Les partners peuvent d'abord, au moyen du *trust*, obtenir une sorte de petite personnalité, qui leur donne la plupart des avantages de la corporation. Il suffit pour cela qu'ils remettent le fonds commun entre les mains d'un ou plusieurs *trustee's*, puis de représenter l'*equitable estate*, c'est-à-dire les parts des *cestui que trusts*, qui en l'espèce sont les associés, par des titres négociables, que l'on peut alors lancer dans le public, tout comme les actions d'une company.

Seule la *perpetual succession* des corporations ne peut s'acquérir complètement par ce procédé, car les *trustee's* sont mortels; mais elle peut l'être partiellement, par l'adjonction de *co-trustees*, qui remplaceront les *trustees* à leur décès (3).

Le procédé du *trust* peut aussi servir dans une mesure plus restreinte; notamment pour tourner l'impos-

(1) Pour plus de détails, voyez Pollock, *Dig.*, pp. 159-186.

(2) Sur cette institution absolument originale au droit anglais, voyez H. Lévy-Ullmann, *Cours 1920-1921*.

(3) *Ibid.*

sibilité de contracter, soit entre un associé et sa firm, soit entre deux firms ayant un ou plusieurs membres communs.

En ce but, un associé par exemple n'a qu'à se constituer un *trustee* et le faire figurer à sa place dans le contrat conclu avec la firm (1).

Mais l'emploi du *trust* est un procédé détourné et il est de plus compliqué. La règle traditionnelle restedonc en vigueur : *there is no such a thing as a firm known to the law.*

41. Voici maintenant les dérogations apportées au principe traditionnel de la non-personnalité juridique de la firm :

1. La grande réforme de l'organisation judiciaire anglaise, opérée par le *Judicature Act* de 1873 (2), qui entre autres fusionne la *common law* et l'*equity*, n'a pas une grande portée en notre matière. Quant à cette dernière, son résultat certain est de rendre impossible à un demandeur la perte de son action intentée devant la *Kings Bench* sous prétexte qu'elle est de la compétence de la division de la Chancellerie (3), et de maintenir,

(1) Carr, *Collectio Ownership*, p. 66-67. C'est surtout cette application plus réduite du *trust* qui a été pratiquée en matière de *partnership*.

(2) Sur l'importance et la portée de cette réforme, voir H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(3) Carr, *Collectio Ownership*, p. 67.

en ce qui concerne les comptes de liquidation d'une partnership (qui sont maintenant de la compétence de la Cour unique supérieure de justice), les principes appliqués précédemment par l'*equity* et que nous avons mentionnés au n° 39 *in fine* (1).

Il est par contre douteux que le Judicature Act de 1873 permit une action, d'un associé contre sa firm, ou d'une firm contre une autre, ayant avec elle un ou plusieurs membres communs ; car on l'a dit au n° 39, cela n'était même pas admis en *equity* en règle générale (2) ; et sur ce point le P. A. 1890 ne nous est d'aucun secours, car il ne s'occupe pas de cette question.

2. La portée de la réforme de l'*Order XLVIII A* (de juin 1891) de la *Supreme Court* (3) est par contre bien plus importante (4). Nous n'indiquerons ici que les principes, les détails de ce texte concernant la procédure et non le *substantio law* (5).

(1) Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 136, *adde* n° 5, *in fine*.

(2) En ce sens : Pollock, *Dig.*, p. 24 ; Carr, *ibid.*, semble par contre en sens contraire.

(3) Sur le pouvoir des cours anglaises de légiférer en matière de procédure, dont l'*Order* de 1891 est un des principaux exemples, voir H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(4) La portée de ce texte dépasse d'ailleurs le domaine de la partnership ; il s'applique également aux joint-tenants, tenants in common, etc., comme on le verra au chapitre suivant. Cf. *Civil Practice Act*, New-York Laws, 1920, ch. 925, sect. 209, 211.

(5) Pour des détails ainsi que le texte de l'*Order XLVIII A*, voir Pollock, *Dig.*, pp. 147-154.

L'article 1^{er} de l'*Order* autorise l'emploi du nom de la firm : *firm name*, à la place de celui de tous les associés, dans toute action intentée par, ou contre, une partnership, ou même l'un de ses membres. Comme une company ou toute autre corporation, une firm peut donc actuellement plaider en droit anglais, tout en n'étant pas une personne juridique.

L'article 10 du même *Order* autorise, ou plutôt reconnaît la recevabilité d'une action, tant entre une firm et l'un ou plusieurs de ses membres, qu'entre des firms diverses ayant un ou plusieurs membres communs. Ainsi est levé le doute qui subsistait à ce sujet après le *Judicature Act* de 1873 et dont nous avons parlé plus haut.

En cas de faillite, cependant, l'*Order of adjudication* ne peut être fait au nom de la firm, mais contre tous les associés individuellement (1). Et dans ce même cas, si un des associés est mineur, un *receiving order* ne peut être délivré contre la firm entière, mais contre la firm moins cet associé mineur (2).

3. Enfin l'emploi de ce nom de la firm, de sa raison sociale, est autorisé en droit anglais dans tous les actes juridiques relatifs à une partnership, et cela tant par les associés que par les tiers. Ce nom équivaut ici à

(1) *General Rules of 1915*, 288 ; *Pollock, Dig.*, pp. 153-154.

(2) *Lovell v. Beauchamp* (1894), A. C., 607, 63 L. J. Q. B., 802 ; *Pollock, ibid.*

une description collective des personnes associées dans la firm, au moment où l'acte est passé (1).

42. Que reste-t-il donc du principe de la non-personnalité juridique de la firm ? car malgré ses dérogations énumérées, la règle traditionnelle que : *there is no such a thing as a firm known to the law* subsiste. Il en reste que la firm n'étant pas une personne morale, les associés sont simplement copropriétaires de la *partnership property*. Nous verrons au chapitre suivant les rapports de cette forme d'indivision avec ceux des autres formes de propriété à plusieurs connues du droit anglais.

Cette conséquence nous interdit évidemment de dire que les diverses dérogations ont détruit la règle traditionnelle. Les auteurs anglais font pour cette raison une distinction ; obligés de reconnaître que la firm n'est pas une personne juridique : *a legal person* comme la company et la corporation, ils n'en soutiennent pas moins, et avec raison évidente, qu'elle a acquis maintenant une reconnaissance légale, elle est quelque chose de distinct des membres qui la composent, c'est une entité juridique : *legal entitee* (2).

(1) Pollock, *Dig.*, p. 24 ; Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 137, auquel on renvoie pour plus de détails.

(2) En ce sens : Stephen, *op. cit.*, I, p. 365 ; *American and English Encyclopaedia...*, p. 76 ; Parson, *On Part.*, cit. dans Bouvier, *op. cit.*, p. 596 ; Jessel, M. R. dans *Pooley v. Driver*, 5 Ch., 476 ; Bouvier, *ibid.* et Ames, *Cases*, pp. 87-107 et Underhill, *op. cit.*, p. 63 ; Carr, *Col. Own.*, p. 68.

43. Avant de clore ce chapitre, nous donnons ici quelques renseignements sur la *firm name* correspondant à notre raison sociale. Cette question fait partie non du droit de la partnership, mais de celui de la propriété, comme la *copyright* (droit d'auteur) et autres droits analogues ; mais les solutions originales du droit anglais sur ce point méritent cette digression, car il est intéressant de les comparer aux nôtres.

En général, toute personne est libre en droit anglais de se choisir le nom patronymique : *surname* qu'il voudra, et même plusieurs noms à la fois (1) ; à seule condition qu'il n'use pas de ce droit comme un moyen de fraude envers ses concitoyens. Ceci s'appliquait autrefois, aussi bien en matière commerciale qu'en d'autres matières (2) ; mais depuis 1916 le *Registration of Business Names Act*, 6 et 7, Geo 5, c. 58, oblige ceux qui entreprennent une *business*, soit en partnership, soit seuls, sous un nom spécial, de faire enregistrer leurs noms réels (3).

La *firm name* n'a donc pas besoin de contenir le nom d'aucun de ses membres actuels ; elle peut même, et cela arrive souvent, ne contenir le nom d'aucun associé.

(1) *Davies v. Lowndes* (1835), 131, E. R. 1247, 53 R. R. 266. Ici encore on peut noter l'analogie avec le droit romain, où la liberté était plus grande encore : Code, IX, 25, 1.

(2) Pollock, *Dig.*, p. 25 et les cases de la note (s).

(3) *Ibid.*, p. 26 et note (u) : le texte des articles 1, al. (a) et 22 de la loi de 1916.

D'autre part, une ou plusieurs personnes ne peuvent pas entreprendre une *business*, sous leur nom réel, simple ou combiné, pour le seul motif que ce ou ces noms leur appartiennent, si en ce faisant ils trompent le public en lui faisant croire qu'il traite avec un autre.

Ainsi dans *Craft v. Day* (1), il a été jugé que les demandeurs, qui géraient une entreprise sous la raison sociale *Day et Martin* tirée du nom de ses fondateurs, alors qu'il n'y avait plus parmi eux ni Day ni Martin, pouvaient empêcher un Day et un Martin authentiques d'entreprendre une *business* similaire sous la même raison sociale. Sur ce point, le droit anglais diffère donc fortement de tous les droits continentaux beaucoup plus stricts (2).

Il y a en droit anglais un rapport intime entre la *firm-name* et la *trade-mark*, ou marque de fabrique ; souvent une *firm-name* constitue en même temps une *trade-mark* (3) ; ainsi celui qui, sous une *trade-mark* frauduleuse, écoule des marchandises de contrefaçon, pourra être poursuivi par le premier possesseur du nom, comme s'il avait directement adopté son nom.

(1) *Craft v. Day*, 7, Bea 84 ; Underhill, *op. cit.*, pp. 57-62 ; on y trouvera une nombreuse jurisprudence sur ce point. Voir aussi : Pollock, *Dig.*, pp. 25-30 ; Lindley, *On Part.*, 8^e éd., pp. 140-141 et *American and English Encycl.*, t. XXII, pp. 76-83.

(2) Cf. C. com. fr., art. 21 et Handelsgesetz Buch, art. 19, 22 et 24.

(3) Pollock, *ibid.*, p. 28.

(4) *Ibid.*

On dit que c'est une offense contre les prérogatives de la Couronne, qu'une personne privée se fasse passer pour une *corporation* (1); mais il est difficile de voir comment on pourra la réprimer. En tous cas, le simple emploi d'un titre tel que *company* ne suffit pas à constituer l'offense en question (2).

A l'inverse, si le nom d'incorporation d'une *company* enfreint une *trade-mark* ou *firm-name* existante, il n'y a probablement pas d'action contre la *company*, mais seulement contre les individus qui peuvent en être rendus responsables (2).

(1) Parce qu'autrefois la Couronne pouvait seule en créer.

(2) Pollock, *Dig.*, p. 27 et 29 à 30.

CHAPITRE IV

LA PLACE DE LA PARTNERSHIP DANS L'ENSEMBLE DES INSTITUTIONS CORRESPONDANT À LA PROPRIÉTÉ À PLUSIEURS

44. Nous avons vu au n° 15 que, d'une part, l'article 2 (1) du Partnership Act de 1890 prend soin de dire que les diverses formes de propriété à plusieurs ne créent pas nécessairement de partnership entre leurs membres, et que, d'autre part, la partnership implique nécessairement une copropriété des bénéfices (ce qui selon certains constituerait même, comme on l'a dit au n° 21, le critérium d'existence de toute partnership).

Cela revient à dire que la partnership fait naître entre ses membres une forme de propriété à plusieurs, distincte des autres formes de ce genre, existant en droit anglais. Quelques précisions sur ce point sont nécessaires et ce sera l'objet de ce chapitre. Nous ferons d'abord dans sa première section un bref résumé des diverses formes de propriété à plusieurs existant en droit anglais; puis, dans la deuxième section, nous montrerons en quoi la partnership se distingue de toutes celles-ci.

SECTION I. — Les diverses formes de propriété à plusieurs du droit anglais.

45. La réglementation de la propriété à plusieurs est une des branches les plus originales du droit anglais, car c'est en même temps une synthèse remarquable et une analyse raffinée (1). Son résumé synthétique le plus moderne se trouve dans Jenks (2), mais on consultera utilement Blackstone (3), car, aussi paradoxal que cela paraisse, ce sont encore les écrits de Coke et Littleton (4) qui constituent les fondements du droit anglais sur point (5).

Il faut d'abord distinguer la *co-ownership* ou propriété à plusieurs proprement dite, de la *trusteeship* ou propriété fiduciaire ; nous ne pouvons ici nous occuper de cette dernière et très originale institution du droit anglais, elle ferait à elle seule l'objet d'une étude intéressante (6). La première, la *co-ownership*, se subdivise à son tour en deux branches : d'une part la *Corporate-*

(1) H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(2) Jenks, *Dig.*, art. 584-631 et 1743-1835.

(3) Blackstone, *Comm.*, II, p. 179 et s. (éd. 1811).

(4) Coke upon Littleton.

(5) En ce sens : Carr, *Collectiv ownership...* (préface). Cet ouvrage est d'ailleurs le plus complet sur la *co-ownership*.

(6) Voir sur ce point : H. Lévy-Ullmann, *Cours 1920-1921* ; et Wrigington, *op. cit.*, spécialement pp. 40-61 sur la question souvent délicate de savoir si telle association est un trust ou une partnership. Le *leading case* anglais sur cette question est *Smith v. Anderson* de 1880, 13 Ch., D. 247.

ness ou propriété des personnes juridiques, dont nous ne pourrions non plus nous occuper ici, car cela nous écarterait trop de notre sujet ; et d'autre part un groupe de six formes de copropriété, voisines mais nuancées, ce sont : 1° *Tenancy by antiretees* ; 2° *Co-parcenary* ; 3° *Joint-tenancy* (ou *joint ownership*) ; 4° *Tenancy in Common* ; 5° *Partnership* et 6° la copropriété des navires.

Nous allons les étudier successivement, dans l'ordre de leur importance et en passant plus rapidement sur les moins importantes. Nous excluons bien entendu la *partnership* à laquelle nous consacrerons, comme nous l'avons dit, toute la section suivante.

46. *Joint tenancy* ou *joint ownership* est la forme de co-propriété de droit commun ; celle qui, selon la *common law*, s'applique en l'absence de clause expresse indiquant la forme de propriété à plusieurs adoptée (1).

Au point de vue de sa constitution, cette forme de *co-ownership* n'est ni successorale ni légale (2), elle résulte toujours d'un acte entre vifs, volontaire : *conveyance*, généralement, mais non pas nécessairement, licite (3).

Son trait original et distinctif est d'impliquer une quadruple unité, c'est-à-dire :

(1) Blackstone, *op. cit.*, t. II, p. 179.

(2) Carr, *Collectiv ownership*, p. 25 et s. ; Blackstone, *ibid.*

(3) Voyez sur ce point : Blackstone, *op. cit.*, t. II, p. 181.

a) L'unité de droit (*interest*) ; ceci signifie que les parts des divers propriétaires doivent être égales ; et il doit en être de même de leur capacité (1). C'est pourquoi le roi (ou une *corporation* pour parler plus généralement, car le roi à ce point de vue est une *corporation sole*) ne peut être *joint tenant* concurremment à des personnes naturelles (2).

Ce principe a il est vrai été modifié par le *Bodies Corporate (Joint tenancy) Act 1899* ; de même les incapacités (droit d'aubaine), frappant sur ce point les étrangers, ont été abolies par le *Naturalisation Act 1870* (33 Vict. c. 14). Mais le principe de l'unité de droit n'en subsiste pas moins.

b) L'unité de titre ; ce qui signifie que les droits des divers *joint tenants* doivent résulter, être créés, par un seul et même acte (3).

c) L'unité de temps, qui signifie que les droits de tous les *joint tenants* doivent naître simultanément ; cette unité ne se confond pas avec la précédente. Coke (4) mentionne quelques exceptions à cette règle, mais elles sont de peu d'intérêt pratique. La règle de l'unité de temps s'applique même en matière de *personal property* (5).

(1) Pour des détails, voyez Co. on Littleton, 188.

(2) Carr, *ibid.*, p. 30.

(3) Pour des détails voyez Blackstone, *op. cit.*, t. II, p. 179 et s. et Co. on Litt., 188 a.

(4) *Ibid.*

(5) Carr, *ibid.*, p. 30.

d) L'unité de possession enfin qui est la plus importante des quatre ; elle signifie que les droits des divers *joint tenants* doivent être égaux en qualité. En d'autres mots : chacun d'eux a, d'une part un droit défini sur une part aliquote, et d'autre part un droit sur le tout ; c'est ce que signifie l'adage : ... *per my et per tout*. A ce point de vue on le voit, la *joint tenancy* correspond en notre droit au cas de deux légataires universels (1). Sur ce point encore, la règle formelle de la *common law* a été partiellement modifiée par le *Real Property Limitation Act 1833* (3-4 Wil. IV c. 27) ; en vertu de ce statut, la possession de l'un des *joint tenants* n'est pas considérée comme la possession de l'autre ; mais la quadruple unité n'en subsiste pas moins. Malgré cette unité quadruple, Carr (2) prend soin de dire que les *joint tenants* ne constituent pas une entité juridique. Cependant les *Rules of The supreme Court* ont, ici comme pour la *partnership*, supprimé les nullités de procédure pour *mis joinder* ou *non-joinder* de parties (3).

D'autre part, la quadruple unité est assez forte pour conférer aux *joint tenants* le droit de survivance : *jus*

(1) Avec la même conséquence : le *jus accrescendi*.

(2) Carr, *ibid.*, p. 33.

(3) *Ibid.*, p. 34 et les *cases* qui y sont cités : *Duke of Bedford v. Ellis* (1901), A. C., 18 ; *Taff Vale Railway Case* (1901), A. C., 443.

accrescendi ou *survivorship* ; et cela tant en *common law* qu'en *equity* (1). Pour le cas exceptionnel, où les deux *joint tenants* meurent en même temps et où par conséquent on ne pourrait appliquer le *survivorship*, il y aura *joint tenancy* entre leurs héritiers respectifs.

Quoique générale, la règle du *jus accrescendi* admet cependant des exceptions, par exemple au cas de *joint tenancy for life* ; mais elles sont rares. La règle a même été trouvée si utile qu'on l'a appliquée à l'institution du *trust*. Le *jus accrescendi* est plus fort que le testament d'un *joint tenant* et l'annule, mais seulement en ce qui concerne la *joint tenancy* en question ; c'est ce qu'exprime l'adage : *jus accrescendi praeferitur ultimae voluntati* (2).

Ce droit de survivance a, de bonne heure, été critiqué, spécialement en *equity* ; on a dit notamment qu'il était injuste et contraire à l'intention des parties ; mais on a fort justement répondu à ces critiques, que les *joint tenants* pouvaient de leur vivant éviter les conséquences de ce droit de survivance en demandant le partage (3). L'*equity* lui est cependant resté nettement défavorable et ne le présumait pas. Il a même été complètement écarté pour les cas particuliers de *mortgage* et depuis le *Conveyancing Act* de 1881, pour les prêts d'argent.

(1) *Ibid.* et le case : *Thomson v. Selons* (1901), 1^{re} Ch., 921.

(2) Carr, *ibid.*, p. 36.

(3) Carr, *ibid.*, pp. 37-40.

Mais la principale classe d'exceptions au *jus accrescendi* est constituée par la *partnership*, si toutefois on peut considérer celle-ci comme une forme un peu différente de *joint tenancy* ; nous retrouverons ce point au n° 53.

La *joint tenancy* prend fin : soit par l'effet de la loi (1), soit par un acte des parties détruisant un des éléments de la quadruple unité (2), soit enfin par le partage qui peut être demandé par tout *joint tenant* majeur, mais un *deed* est exigé dans ce dernier cas (2).

47. *Tenancy in Common* (ou *pro indiviso*). C'est la forme de *co-ownership* qui se rapproche le plus de notre indivision (3).

Pour être plus bref, nous n'indiquerons ici que les points sur lesquels cette forme de co-propriété diffère de la *joint tenancy*. Notre laconisme sur ce point est justifié de plus, parce que le *Law of Property Act de 1922* (4) vient d'abroger en partie la *tenancy in common* ; l'article 10 de cette loi et la *Schedule 3*, qui lui correspond, remplace cette forme de co-propriété, mais seulement en matière de biens fonciers (*lands*), générale-

(1) *Ibid.*, p. 41 et *Wiscot's Case*, 2, Rep., 60, 6.

(2) Pour plus de détails sur ces deux points, voyez Carr, *ibid.*, pp. 41-43.

(3) H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(4) Cette loi n'entrera en vigueur qu'en 1925. *Adde*, n° 129 (2) en note.

ment par un *trust*, exceptionnellement par une *joint tenancy*. Cette réforme était nécessaire à cause des innombrables complications auxquelles la *tenancy in common* donnait naissance en matière de *real property*. Au point de vue de sa constitution, la *tenancy in common* peut naître soit par prescription (1), soit par dégradation si l'on peut dire d'une *joint tenancy* ou *co-parcenary*, pour le cas où l'un des *joint tenants* ou *co-parceners* aliène sa part du bien commun sans partage (2) ; soit enfin, mais rarement, par l'effet de la loi (*by construction of law*) (3).

Une seule des quatre unités exigées pour la *joint tenancy* est requise ici : celle de possession. Pour les trois autres : droit, titre et temps, il peut y avoir désunion complète. L'unité de possession ne subsiste d'ailleurs elle-même qu'en ce qu'aucun des *tenants in common* (bien qu'ayant droit à une quote-part déterminée des biens communs) ne peut indiquer avec précision quelle est sa part ; mais un *tenant in common* ne détient pas : *per my* et *per tout*.

En somme, comme le dit Carr (4), la *tenancy in com-*

(1) Carr, *ibid.*, p. 50.

(2) *Ibid.* Mais le *Law of Property Act* de 1922 supprime, en matière de *real property*, cette transformation de la *joint tenancy* en *tenancy in common*.

(3) Seulement en *equity* ; car, on l'a dit, en *common law* c'est la *joint tenancy* qui est présumée ; voyez Carr, *ibid.*, et Blackstone, *ibid.*, p. 193.

(4) *Ibid.*, p. 49.

mon n'est rien de plus qu'un groupement de plusieurs propriétés individuelles et d'une propriété indivise. Cela explique que le droit se refuse à considérer ce groupement des *tenants in common* comme une entité juridique ; au contraire, les lois établissent et facilitent la divisibilité de la *tenancy in common* (1).

Bien plus, les *tenants in common* ne peuvent, strictement parlant, faire un bail collectif (*joint lease*) et s'il en a été fait un, chacun est considéré avoir donné à bail sa part respective (2). Cependant, ici aussi les *Rules of the Supreme Court* admettent, bien que dans une mesure plus réduite, les mêmes exceptions que nous avons signalées en matière de *joint tenancy* pour *mis joinder* ou *non joinder* de parties à une action en justice (3).

Le *jus accrescendi* ne s'applique pas en matière de *tenancy in common*. Telle est du moins la règle générale ; mais le contraire peut résulter d'une clause expresse. Même en ce cas, de profondes différences distinguent la *tenancy in common* de la *joint tenancy* (4).

(1) Les *Partition Acts* de 1868 et 1876, auxquels on fait allusion ici, seront cependant abrogés (à partir de 1925) par le *Law of Property Act* de 1922, Schedule 3, en matière de *real property*.

(2) Carr, *ibid.*, p. 50 : Littleton distinguait sur ce point les *personalities* des *realities*.

(3) Sur cette question assez délicate voyez Carr, *ibid.*, pp. 54 et s.

(4) *Ibid.*, p. 49.

La *tenancy in common* s'éteint soit par confusion, soit par partage, dans ce dernier cas un *deed* est toujours exigé. Le partage peut être volontaire ou forcé ; ce dernier n'existait pas en *common law* et c'était une différence de plus avec la *joint tenancy*. Il faut noter ici le courage avec lequel les cours ont ordonné la division de choses apparemment indivisibles (1). Mais ces résultats singuliers peuvent s'éviter par convention et depuis les *Partition Acts* par une vente (1).

48. *Co-parcenary* ; c'est une forme de propriété à plusieurs qui est toujours héréditaire et à ce titre concerne plutôt le droit successoral. Elle est de plus très rare même dans cette sphère, car elle ne s'applique qu'à la *real property* (2) et seulement en l'absence de testament (3).

Enfin la réunion de toutes ces conditions ne suffit pas encore ; il faut de plus, soit l'absence de tout héritier mâle pour son application en *common law*, ou bien une coutume spéciale qui en déclare expressément l'application, comme c'est le cas pour celle de *Gavel-kind* (4).

Cette rareté d'application eût pu nous dispenser de

(1) *Ibid.*, et le *case* cité : *Turner v. Morgan* [per Holt C., J. 3, Salk, 207].

(2) Blackstone, *Com.*, II, p. 186 et s.

(3) Carr, *ibid.*, p. 29.

(4) Carr, *ibid.*, p. 29.

nous en occuper, si elle n'avait un trait original, spécialement intéressant pour nous : la *co-parcenary* constitue en droit anglais une entité juridique, sorte de personnalité incomplète, comme celle de la *firm*. L'analogie avec la fiction romaine : *hereditas personam defuncti sustinet* est frappante (1).

Ses autres traits caractéristiques la rapprochent de la *joint tenancy* : même unité de titre, de droit et de possession (2), mais elle en diffère, outre qu'elle est comme on l'a vu toujours successorale, en ce qu'elle n'exige pas d'unité de temps et en ce qu'elle ne comporte pas le *jus accrescendi* (2) ; aussi au cas où l'un des *parceners* meurt, les autres n'en sont pas moins *co-parceners* des héritiers du décédé (2).

La *co-parcenary* prend fin, soit par l'aliénation par l'un des *parceners* de sa part, soit par confusion sur une seule tête, soit enfin par partage. Ce dernier est soit volontaire, par convention verbale ou par lots (2), soit forcé (3).

49. *Tenancy by entiretees*. — Cette forme de propriété à plusieurs est aussi rare que la précédente, car depuis le *Married Women Property Act* de 1882, il ne peut

(1) *Ibid.*, pp. 18-20.

(2) Blackstone, *Com.*, II, p. 186 et s.

(3) Une action existe à cet effet, tant en *common law* : *writ de partitione facienda*, qu'en *equity* : *writ of livery and partition* ; Carr, *ibid.*, p. 25 et s.

plus s'en constituer de nouvelle ; aussi serons-nous très brefs sur la *tenancy by entiretees* (1). C'est une copropriété conjugale tout à fait originale (2) ; elle naît lorsque deux conjoints sont saisis d'un ou plusieurs biens, eux-mêmes et leurs héritiers (3).

Chaque conjoint détient ici : *per tout et non per my* pour renverser l'adage de plus haut ; chacun en effet est propriétaire du tout, aucun n'en a une part. Il s'en suit qu'au cas où l'un des conjoints meurt, l'autre est saisi du tout en vertu de son droit originaire, il n'y a pas ici lieu d'appliquer le droit de survivance. Aussi la *tenancy by entiretees* ne peut-elle être dégradée comme la *joint tenancy* par aliénation ou par partage.

Le fondement de cette forme de copropriété est le fait même du mariage. Toute aliénation (*conveyance*) à deux conjoints, sous forme de *joint tenancy*, créait, avant le *Married Women Property Act* de 1882, une *tenancy by entiretees* ; mais si deux personnes sont *joint tenants* et se marient subséquemment, ils ne deviennent pas par là *tenants by entiretees*.

(1) Pour des détails voir Carr, *ibid.*, pp. 6-16, que nous ne faisons que résumer ici.

(2) Carr, *ibid.*, énumère d'après Stobbe [*Deutsches Privatrecht*, IV, p. 268 et s.] les diverses formes de co-propriété conjugale en droit comparé. La *tenancy by entiretees* anglaise correspond approximativement au *condominium plurium in solidum* de Stobbe.

(3) Coke, *On Litt.*, 326 a.

Le *Married Women Property Act* de 1882 substitue la *joint tenancy* partout où une *tenancy by entireties* serait née auparavant (1) ; cette dernière est donc en train de disparaître du droit anglais, si elle n'a pas déjà complètement disparu.

50. *Copropriété des navires.* — Il n'y a pas à proprement parler de forme spéciale de propriété à plusieurs régissant les copropriétaires de navires : *co-owners of ships*. Ceux-ci sont en fait, soit des *joint-tenants*, soit des *tenants in common*, etc.

Si la distinction existe en droit anglais, elle se rapporte à un point de vue spécial, celui des recours des copropriétaires entre eux ; point de vue qui nous intéresse particulièrement, car c'est une des principales différences entre la *partnership* et les autres formes de propriété à plusieurs. A ce point de vue les copropriétaires de navires se distinguent des autres *co-owners* et se rapprochent sensiblement des *partners*.

En ce qui concerne les recours des *partners* entre eux, nous n'en dirons ici que quelques mots. Tout associé a l'obligation de rendre compte à ses co-associés ; cette obligation s'explique (2) par l'origine con-

(1) *Thomley v. Tomley* (1893), 2 Ch., 229 ; Carr, *ibid.*

(2) Pour plus de détails sur toute cette question, voyez : Carr, *Collectiv Ownership*, pp. 62-97 et Lindley, *On Part.*, 8^e éd., pp. 33-40, que nous ne faisons que résumer ici.

tractuelle de toute partnership, l'obligation naît *ex contractu*. Il ne peut en être de même des co-owners qui ne sont pas, on l'a vu, généralement liés par contrat. Les Romains faisaient pour cette raison intervenir ici la notion de quasi-contrat et évitaient ainsi le résultat peu satisfaisant auquel aboutit la *common law*.

Sauf les exceptions que nous signalerons plus bas en distinguant les *lands* et les *chattels*, la règle générale de la *common law* est le refus de recours entre les co-owners. Les anciens auteurs justifiaient cet état de choses par l'argument que chacun des co-owners a respectivement le droit d'entrer par force en possession du bien commun ! Cet argument n'a pas besoin d'être réfuté, mais il explique seul la règle de la *common law* sur ce point.

Il faut d'ailleurs distinguer d'abord les copropriétaires de biens fonciers (*lands*) d'une part et ceux de *chattels* de l'autre ; puis sous-distinguer parmi ceux-ci les copropriétaires de navires.

Quant aux copropriétaires de *lands*, la règle si stricte de la *common law*, que nous avons indiquée, admettait deux exceptions : la première, au cas où l'un des co-owners était le *bailiff* de l'autre ; la seconde, au cas où l'un d'eux avait été dépossédé (*ousted*) par un autre (1).

Le statut 4 Anne, c. 3, § 27, a apporté ici une sensi-

(1) Co. on Litt., 200.

ble amélioration en accordant une action en reddition de comptes contre celui des *co-owners* qui aurait reçu plus que sa part.

Quant aux copropriétaires de *chattels* (1), leur situation était pire en *common law*. Celle-ci n'accordait d'action à un *co-owner* pour obtenir la valeur de sa part qu'au cas où un des autres avait détruit le bien commun (2) et tout cela aussi bien quant aux produits de la chose que quant à la chose elle-même. Il était même douteux qu'un *co-owner* eût un recours légal (3) contre celui des autres qui aurait vendu le bien commun. Les magistrats de l'*equity* furent par contre plus larges en adoptant sur ce point les principes romains (4). Enfin des exceptions sont apportées en faveur des copropriétaires de patentes (*patent*) et de droits d'auteur (*copyright*) (5).

Une situation privilégiée était faite sur ce point aux copropriétaires de navires. Cette différence s'explique historiquement, par ce fait que les principes que sanctionnait la Cour de l'Amirauté différaient de ceux régissant les cours ordinaires (6), et aussi parce que la

(1) Autres que des navires.

(2) Coke, *ibid.*

(3) C'est-à-dire : recours en *common law* par opposition à recours en *equity*.

(4) Lindley, *On Part.*, 8^e éd., p. 34.

(5) Sur ces deux points : voyez *ibid.*, p. 39-40 et Carr, *ibid.*

(6) Lindley, *ibid.*, p. 37.

réglementation détaillée des *Ship registry Acts* empêchait d'appliquer aux navires les règles générales de l'*equity* (1).

L'ensemble du droit réglementant les rapports des copropriétaires de navires se base sur la considération qu'il est de l'intérêt public que les navires ne soient pas immobilisés. De là le droit qu'à la majorité des copropriétaires d'un navire de l'employer même contre la volonté des autres, à condition de leur accorder une sûreté pour la valeur de leur part. Au cas où un navire est ainsi employé contre la volonté de certains de ses copropriétaires, ceux-ci ne participeront pas aux bénéfices du voyage, mais n'en supporteront pas non plus les pertes. Si au contraire il n'y a pas de dissentiment, tous participeront tant aux bénéfices qu'aux pertes ; en ce dernier cas il y a peu, ou même il n'y a pas de différence, au point de vue recours, entre leur situation et celle qui leur serait faite s'ils étaient associés.

Mais la majorité n'a pas le droit de modifier l'état juridique de la propriété commune sans le consentement de tous. Ainsi dans un *case* où elle s'était constituée en *Limited company* et avait transféré ses parts à cette dernière, la Cour, sur la demande de la minorité dissidente, a ordonné la vente du navire (2).

Les pouvoirs de celui des copropriétaires qui a été

(1) Lindley, *ibid.*

(2) *The Hereward* (1895), P. 284 ; Lindley, *ibid.*, p. 37.

nommé par les autres gérants du navire, sont aussi très étendus. Ainsi il peut user du crédit des copropriétaires pour tout ce qui est nécessaire à la réparation du vaisseau (1).

Quant au partage des bénéfices, les revenus bruts (*gross freight*) de l'entreprise (*adventure*) doivent servir d'abord à couvrir les dépenses, y compris les réparations, et le reste seulement sera partagé entre tous les copropriétaires.

Lord Hardwicke accorda même un privilège (*lien*) à tout *co-owner* sur le navire et sur le produit de sa vente, pour tout ce qui pouvait lui être dû par les autres (2).

Mais Lord Eldon estima que c'était aller trop loin et il renversa la décision de Lord Hardwicke ; il est maintenant bien établi que les copropriétaires de navires n'ont pas un tel privilège. La solution contraire est cependant maintenue aux Etats-Unis (3).

SECTION II. — Partnership.

51. Le principal trait distinctif, qui sépare la *partnership* des autres formes de propriété à plusieurs que nous venons d'étudier, c'est la *business* sur laquelle il

(1) *The Huntsman* (1894), P. 214 ; Lindley, *ibid.*

(2) Ce qui serait encore un point commun avec la *partnership* où un privilège du même genre est accordé à tout associé sur la *partnership property*, P. A., 1890 s. 39 ; voyez n° 101, *infra*.

(3) Story, *On Part.*, § 444.

nous faut à nouveau insister. Toutes les formes de *co-ownership* étudiées jusqu'ici, sauf peut-être la copropriété des navires (1), réglementent les rapports juridiques de personnes liées uniquement par le fait d'être propriétaires en commun. Ce fait existe aussi, et nécessairement même quant aux bénéfices, dans la *partnership* ; mais il passe au deuxième plan. L'essentiel ici c'est la *business*, l'entreprise commune, élément qui est absent des formes de copropriété proprement dite, réserve faite, selon nous, pour la copropriété des navires.

C'est ce que les auteurs anglais expriment sous une autre forme (2) : ils disent que la *partnership* est un rapport juridique vivant (*active*) ; toutes les autres formes de co-propriété étant au contraire *passive* (3).

C'est à cette différence essentielle que l'on peut, selon nous, rattacher une grande partie de celles moins importantes que nous allons maintenant passer en revue.

52. La *partnership* se distingue encore de toutes les

(1) On retrouve selon nous, dans la copropriété des navires, la *business* telle que nous l'avons étudiée au n° 42, et c'est justement ce qui explique les points communs entre cette forme de propriété à plusieurs et la *partnership*. Mais cette idée ne se retrouve pas chez les auteurs anglais.

(2) Encore un exemple du caractère intuitif du droit anglais, v. H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(3) Carr, *ibid.*, p. 69.

autres formes de propriété à plusieurs étudiées par les différences principales suivantes (1) :

1. Comme on l'a vu au n° 10, la *partnership* est toujours créée par convention, les autres formes de copropriété ne le sont pas toujours et même pas habituellement.

2. La part, ou intérêt (*share*), d'un associé sur les biens de la *partnership* est toujours considérée comme *personal estate*, même si les biens communs contiennent de la *real property* (2); tandis que la part d'un co-propriétaire dans une *real property* est toujours considérée, tant en *common law* qu'en *equity*, comme un *real estate*.

3. Chaque partner a un privilège (*lien*) sur la *partnership property*, pour tout ce qui peut lui être dû par les autres associés. Les autres *co-owners* n'en ont pas, pas même pour les réparations de la chose commune, que l'un d'eux aurait supportées seul.

Il faut ici faire une réserve pour les copropriétaires de navires qui, on l'a vu au n° 50, en auraient un selon

(1) On en trouvera une énumération plus détaillée dans Lindley, *On Part.*, 8^e éd., pp. 27-28.

(2) La même solution est admise en droit français : la part d'associé sur les biens sociaux contenant même des immeubles est de nature mobilière ; mais en droit français c'est une conséquence de la personnalité juridique ; il n'en est pas de même en droit anglais, Voyez cependant : Wightington, *op. cit.*, p. 78, qui la justifie en faisant intervenir la legal entitee dont on a parlé au n° 42.

Lord Hardwicke, dont l'opinion est encore suivie aux Etats-Unis d'Amérique.

4. Un partner ne peut céder sa place d'associé à un tiers sans le consentement de tous ses co-associés [du moins il en est ainsi pour faire de ce tiers un véritable associé]. Dans ce cas même il y a, à proprement parler, dissolution de la *partnership primitive* et création d'une nouvelle. Au contraire, les autres co-owners peuvent le faire, sauf cependant ce qui a été dit au n° 49, au sujet des *tenants by entiretees*.

5° Un partner n'a pas droit, même à la dissolution, au partage forcé de la *partnership property*. Les autres co-owners peuvent au contraire obliger leurs co-propriétaires à partager (voyez cependant ce qui a été dit au n° 47 au sujet de la *tenancy in common*).

6° Les partners sont normalement *general agents* exprès ou tacites les uns des autres et de leur firm (1). Les autres co-owners ne le sont pas ; on ne retrouve même pas normalement d'*agency* entre les copropriétaires de navires ; ce qui peut paraître singulier, car elle expliquerait par exemple les pouvoirs si étendus du gérant du navire (2).

7° Enfin et surtout un partner peut obliger ses co-associés, et même les ayants cause de ceux-ci en leur absence, à lui rendre compte ; au contraire, sauf pour

(1) Voyez sur ce point, 2° partie, chap. II, sect. I.

(2) Voyez n° 50 *in fine*.

les co-propriétaires de navires, les recours des autres *co-owners* entre eux sont l'exception ; mais nous avons assez insisté sur ce point au n° 50.

53. Nous allons maintenant comparer la *partnership* aux diverses formes de *co-ownership* étudiées plus haut. En ce faisant nous laisserons de côté la co-propriété des navires dont nous avons déjà suffisamment indiqué les points de contact avec notre institution, et qui d'ailleurs, nous l'avons dit, ne constitue pas une forme spéciale de propriété à plusieurs.

Nous excluons ensuite de cette comparaison la *coparcenary* et la *tenancy by entireties* qui, vu leur domaine tout à fait spécial (successoral pour la première, matrimonial pour la dernière), ne peuvent avoir aucun rapport avec la *partnership*.

Restent la *joint tenancy* et la *tenancy in common* ; nous constatons de suite que c'est de la première de ces deux formes de co-propriété que la *partnership* se rapproche.

Elle naît comme elle d'un acte volontaire des parties ; mais cet acte est nécessairement conventionnel pour la *partnership* et généralement seulement pour la *joint tenancy*.

Comme dans cette dernière surtout on retrouve dans la *partnership* la quadruple unité, de droit, de titre, de possession et même de temps ; car l'introduction d'un nouvel associé ou la retraite d'un ancien détruisent

la partnership originaire et la remplacent par une nouvelle. Par contre il n'y a plus, en matière de partnership, de *jus accrescendi*, de là l'adage : *jus accrescendi inter mercatores, pro beneficio commercii, locum non habet*. Comme nous l'avons vu (1), cette règle est très ancienne, puisqu'elle date, comme son énoncé même le prouve, du temps où la *law merchant* était encore séparée de la *common law*. En effet, dès 1611 elle est déjà universellement admise comme on peut le voir dans Coke ; c'est la coutume de la ville de Londres qui l'adopta la première (2).

Pour justifier cette exception à la règle du *jus accrescendi*, les auteurs emploient les mêmes arguments que nous avons donnés plus haut au n° 47 contre cette règle elle-même et ajoutent que l'exception est nécessaire pour l'encouragement du commerce, qui est dans l'intérêt public (3).

Une atténuation à la non-application du *jus accrescendi* en matière de partnership peut être vue dans le *jus disponendi* accordé au seul associé survivant. Mais les cours hésitent à reconnaître un titre légal (4) à ces derniers ; les associés survivants sont ici considérés comme *trustees* des représentants des associés décédés,

(1) Voyez l'introduction n° 4.

(2) Carr, *Coll. Own.*, p. 59-60.

(3) Coke, cité par Carr, *ibid.*

(4) *Legal* par opposition à *equitable*.

et comme tels peuvent être obligés à rendre compte à ces derniers.

Mais cette différence, non-application du droit de survivance, entre la *partnership* et la *joint tenancy*, qui rapproche la première de la *tenancy in common*, est bien moins importante que celles qui la distinguent de cette dernière. Ainsi, si A et B sont *tenants in common*, chacun a un droit déterminé d'une moitié par exemple dans la propriété indivise, chacun peut disposer d'une moitié et rien de plus. Si au contraire A et B sont associés, chacun d'eux peut, pour les besoins de l'entreprise, disposer de tous les biens communs (1). D'autres nombreuses différences tiennent à leur mode de création et à leur partage (2).

Les auteurs qui se croient obligés d'opter pour la *partnership* entre une des formes de propriété à plusieurs choisissent donc la *joint tenancy* en excluant pour la *partnership* le droit de survivance.

Il est préférable, après tout ce que nous venons de dire, de la considérer comme une forme de copropriété *sui generis*, distincte de toutes les autres (3).

Le *Partnership Act* de 1890 est muet sur cette question, mais l'*Uniform Partnership Act* américain adopte cette dernière solution ; il dénomme *tenancy in part-*

(1) Voyez II^e partie, chap. II, sect. I.

(2) Carr, *Col. Own.*, pp. 61-62 où l'on renvoie pour plus de détails.

(3) En ce sens ; Carr, *ibid.*

nership la forme de copropriété existante entre associés (1).

54. Nous avons vu au n° 11 que la disposition de l'alinéa 1^{er} de l'article 2 du P. A. (cf. Unif. P. A. art. 7, al. 2), spécifiant que les diverses formes de propriétés à plusieurs ne créent pas nécessairement de *partnership* entre leurs membres, était superflue ; cela est encore plus évident après tout ce qui a été dit dans ce chapitre. Elle l'est un peu moins à un autre point de vue. Prenons le cas de deux *tenants in common* d'une mine qui se constituent en société avec un ou plusieurs tiers pour l'exploitation de cette mine. Cette dernière ne devient pas par là nécessairement *partnership property*, c'est une question d'interprétation de la volonté des parties (2).

Ceci n'est pas d'ailleurs une innovation de la loi de 1890 ; la règle a été établie par une série de décisions antérieures. Les plus connues de celles-ci sont : *Fromont v. Coupland* (3), où il a été jugé, relativement à une société d'entreprise de camionnage, que les chevaux employés n'étaient pas devenus *partnership property*, et *French v. Styring* (4), où il a été jugé dans le

(1) Unif. P. A., art. 25. *Adde : infra*, n° 99.

(2) Voyez n° 96, *infra*.

(3) *Fromont v. Coupland*, 2, Bing, 170 ; 9, Moore, 319 ; 27, R. R., 575 ; Lindley, 8^e éd., p. 52.

(4) *French v. Styring* (1837), 2, Com. Bench. Rep. N. S., 355 ; Pollock, *Dig.*, p. 2 ; Ames, *Cases*, pp. 41-47.

même sens relativement à un cheval de course dont les *joint tenants* s'étaient associés pour l'entraîner et le faire courir (1).

End'autres termes, une *partnership* créée subséquentement entre des *co-owners*, relativement à l'exploitation des biens communs, n'absorbe pas nécessairement cette *co-ownership*, les biens communs ne deviennent pas nécessairement *partnership property* (2).

(1) Pour d'autres *cases* sur ce point, voyez Carr, *ibid.*, pp. 63-64, et Lindley, 8^e éd., pp. 29-32.

(2) *A dde*, n° 96, *infra*.

DEUXIÈME PARTIE

RÉGLEMENTATION LÉGALE

CHAPITRE PREMIER

CONSTITUTION

55. Nous avons vu, aux n^{os} 9 et 10, que la *partnership* est un rapport juridique toujours conventionnel ; c'est donc de la convention créatrice de ce rapport juridique, du *Contract of Partnership* que nous nous occuperons exclusivement dans ce chapitre. Nous examinerons successivement dans deux sections d'inégale importance les conditions de forme et de fond exigées pour ce contrat ; et pour finir nous ajouterons quelques mots sur les traits caractéristiques de ce contrat et les conséquences qui en découlent.

SECTION I. — Conditions de forme.

I. — *Absence de formalités.*

56. Le *contract of partnership* est un de ceux qui ne nécessitent pas en principe de formalités spéciales en droit anglais. La loi de 1890 est muette sur ce point,

par conséquent conformément à son article 46 (1), ce sont les règles de la *common law* qui s'appliquent en cette matière. Il en est de même dans la plupart des Etats-Unis d'Amérique ; l'*Uniform Partnership Act* lui-même ne contient pas de dispositions relatives à ce point. Or, selon les règles de la *common law*, une partnership peut être constituée sans aucune formalité telle qu'enregistrement, un *deed*, ou acte authentique, n'est pas nécessaire, un écrit n'est même pas exigé ; telle est donc, actuellement encore, la règle en vigueur sauf l'exception de l'article 4 du *Statute of Frands*, que nous retrouverons plus bas.

C'est encore une des nombreuses anomalies du droit anglais qu'une partnership à capital de milliers de livres et employant des milliers de salariés à son service, puisse être créée par une convention simplement verbale, tandis qu'un écrit est exigé pour une vente d'une valeur de plus de dix livres (2).

Nous avons dit quant à l'enregistrement (3) que le projet de loi élaboré par Sir Frederic Pollock en 1879, qui par la suite servit de base au P. A. de 1890, contenait toute une partie relative à l'enregistrement des firms, question qui à l'époque était à l'ordre du jour. L'enregistrement fut abandonné en 1880 à la demande

(1) Voyez n° 6 (3) de notre introduction.

(2) Underhill, *op. cit.*, p. 49.

(3) Voyez n° 6 (3) de notre introduction.

du *Board of Trade* et ne semble pas depuis lors avoir préoccupé les esprits, ni en Angleterre ni aux Etats-Unis (1).

57. Voici maintenant l'exception signalée et résultant de l'article 4 du *Statute of Frands* de 1677 (29 Car. 2, c. 3. A.). A proprement parler, ce n'est pas directement une exception à la règle de plus haut, car cet article n'exige pas formellement un écrit *ad solemnitatem*, mais seulement *ad probationem*; pratiquement cependant, cela revient au même.

En vertu de ce texte, ne pourront se prouver que par écrit : 1° les conventions de sociétés, où cette dernière ne doit être constituée qu'un an au plus après la passation de la convention, et 2° les conventions de sociétés, où ces dernières doivent durer plus d'un an, *pour le cas où il n'y a pas eu commencement d'exécution*. Cette dernière restriction ne se retrouve pas dans le texte en question, mais c'est une application logique de l'équitable doctrine of *part-performance* (2).

Au contraire, la portion de l'article 4 du *Statute of Frands* relative aux terres ne s'applique pas en matière de *partnership*. Cela a été jugé pour la première fois dans *Forster v. Hale* et ce *case* a été suivi par une

(1) Voyez toutefois ce qui a été dit au n° 43 de la *firm-name*.

(2) Underhill, *op. cit.*, p. 50; Lindley, 8^e éd., p. 98 et s.

série d'autres le confirmant tous, dont les principaux sont : *Dale v. Hamilton* et *Caddik v. Skidmore* (1).

58. Les cas où, conformément à l'article 4 du *Statute of Frands*, la preuve d'une convention constitutive de partnership ne sera recevable que par écrit sont donc très rares. En pratique cependant, la convention constitutive de partnership est généralement rédigée par écrit et même sous forme de *deed* dès que la société a une certaine importance. Le *contract of partnership* écrit, ou *Articles of partnership*, ce dernier terme correspondant plus exactement aux statuts de nos sociétés, ne constitue pas seulement une preuve de l'existence de la partnership, il complète la réglementation légale du P. A. de 1890, ou la modifie sur les points où des modifications sont permises (2). Nous le retrouverons dans les trois chapitres suivants et spécialement dans celui réglementant les rapports des associés entre eux, où une plus grande liberté est laissée aux parties sur ce point.

Ses clauses les plus usuelles déterminent : la nature de l'entreprise (*business*), le ou les lieux où elle s'exercera, la raison sociale (*firm-name*), la durée de la so-

(1) *Forster v. Hale*, 5, Ves. 308 ; *Dale v. Hamilton*, 5 Ha. 369, S. C., on app. 2, Ph. 266 ; *Cadick v. Skidmore*, 2 De. G. et J., 52 ; tous Lindley, 8^e éd., p. 108 et s.

(2) Pour des formulaires de ces *deeds*, v. Pollock, *Dig.*, pp. 186-206 et *Encyclopaedia of Laws of England*, t. X, pp. 461 et s.

ciété, son capital, ses registres, les pouvoirs des associés, les comptes (*accounts*), la retraite ou l'expulsion d'un associé, l'indemnité accordée à l'associé sortant, la dissolution de la société, la fixation des parts, leur transmissibilité et se termine presque toujours par une clause arbitrale (1).

Quant à l'interprétation des clauses de ces *articles of partnership*, quelques observations sont nécessaires.

1. La maxime : *expressum facit cessare tacitum* s'applique ici ; mais dans la mesure où les droits et obligations des associés ne sont réglementés ni par ces *articles*, ni par le P. A. de 1890, les principes généraux du droit de la *partnership* leur restent applicables s'ils n'ont pas été clairement exclus ; ceci a été établi par Lord Langdale dans *Smith v. Jeyes* (2).

2. Il faut tenir compte de l'objet que les associés avaient en vue en contractant (3).

3. Il faut les interpréter de manière à empêcher la fraude.

4. Ils peuvent être modifiés subséquemment (P. A. 1890, art. 19).

5. Lorsqu'une *partnership* à terme fixe est continuée après l'expiration de celui-ci, sans nouvelle convention,

(1) Pour plus de détails sur ces clauses usuelles, v. Lindley, 8^e éd., pp 468-528 et Underhill, *op. cit.*, pp. 53-71.

(2) *Smith v. Jeyes*, 4, Beav. 505 ; Lindley, 8^e éd., p. 468.

(3) *Chapple v. Cadell*, Jac. 537 ; Lindley, 8^e éd., p. 469.

les *articles* anciens restent applicables, dans la mesure où ils sont compatibles avec la nature d'une *partnership at will* (*ibid.*, art. 27). La même règle s'applique au cas de continuation de la société, après la mort d'un associé, par les survivants (1).

II. — *Preuve.*

59. Cette absence de formes obligatoires, relativement à la convention constitutive de *partnership*, donne une grande importance à la question de la preuve de son existence.

Nous nous sommes déjà indirectement occupés de la question dans la section II du chapitre I^{er} de notre première partie ; nous n'y ajouterons ici que quelques mots sur les règles de preuve applicables en matière de *partnership*, cette question concernant plutôt la procédure que la *substantive law* (2).

La charge de la preuve incombe dans une action en justice à celle des parties qui veut se prévaloir de l'existence de la *partnership* : *onus probandi incumbit auctori*, comme en droit français. La preuve est exigée avec plus de rigueur entre parties qu'à l'égard des tiers, car

(1) *King v. Chuck* (1853), 17, Beav. 325 ; 51, E. R., 4059 ; 99, R. R., 169 ; Pollock, *Dig.*, p. 93 ; Lindley, 8^e, p. 470.

(2) Pour plus de détails sur cette question, v. Lindley, 8^e éd., pp. 98-109, et *American and English Encyclopaedia*, t. XXII, pp. 39-60.

dans ce dernier cas, la théorie de l'*estoppel*, ou *holding out* intervient. Un tiers n'a pas, sauf exception, à prouver que telle personne a convenu de s'associer à telle autre, mais seulement qu'en fait, elle s'est faite ou laissée passer pour telle.

La preuve de l'existence d'une partnership est généralement une question mixte de droit et de fait, notamment lorsqu'il n'y a pas de convention écrite. Elle doit donc être tranchée par le jury et non par la Cour, mais suivant les directives de cette dernière. Aux Etats-Unis d'Amérique, cependant, où la fusion de la *common law* et de l'*equity* n'est pas complète, elle est généralement tranchée par la Cour en *equity*.

Le principal mode de preuve de l'existence d'une partnership est l'acte écrit constitutif, c'est-à-dire les *articles of partnership* dont nous avons parlé plus haut. Au cas où il en existe, la preuve verbale n'est pas en principe admissible contre lui, sauf dans le cas mentionné de modification subséquente, mais ceci ne concerne plus la constitution de la partnership.

En l'absence d'écrit et dans les cas où le *Statute of Frauds* n'en exige pas un, la preuve de la convention verbale peut être induite de la conduite des parties. Il faut alors tenir compte des règles de l'article 2 du P. A. de 1890 étudiées plus haut (1).

Enfin, on peut recourir pour prouver l'existence

(1) Voir 1^{re} partie, chap. I^{er}, sect. II.

d'une société, et conformément aux règles usuelles sur la preuve : aux registres sociaux, à la *firm name*, aux prospectus, avis, etc..., aux assemblées de ses membres, à ses paiements ou remises, aux aveux (*admission*) judiciaires ou extrajudiciaires. Le verdict d'un jury constatant l'existence d'une partnership a même été considéré comme une preuve suffisante (1).

SECTION II. — Conditions de fond.

I. — Qui peut être associé. Capacité.

60. Le nombre des personnes qui peuvent se constituer en partnership admet évidemment un minimum, celui de deux membres (2) ; il n'y avait pas de maximum déterminé en *common law* ; quant à celui, indéterminé, résultant du caractère essentiel de la partnership, l'*intuitus* ou *delectus personarum*, il était lui-même contesté (3).

Cette controverse n'a plus d'intérêt depuis le Companies Act de 1862, qui dans son article 4 oblige toute partnership de plus de vingt membres et même de plus de dix membres pour le cas particulier d'entreprises bancaires à se faire enregistrer comme company sous la sanction d'illégalité. Le P. A. de 1890 est muet sur ce point, mais le Companies (Consolidation) Act de 1908,

(1) Lord Kenyon dans *Whateley v. Menheim*, 2, Esp. 608 ; Lindley, 8^e éd., p. 98 qui critique la décision.

(2) Voyez cependant n° 24 sur les *one-man companies*.

(3) Lindley, 3^e éd., p. 77.

qui abroge celui de 1862, reproduit dans son article 1^{er} les maximums fixés par l'article 4 de la loi de 1862.

La sanction de cette règle est comme nous l'avons dit l'illégalité, une partnership illégale existe jusqu'à sa liquidation effective, qui pourra être prononcée par la cour ; jusque-là, elle est *unenforceable*, ce qui signifie qu'on ne pourra s'en prévaloir dans une action en justice (1).

Sauf cette restriction, fixation d'un maximum de dix ou vingt, au nombre des membres d'une partnership, toute personne (2) peut en principe être partner dans une firm. La capacité est en d'autres mots la règle et l'incapacité l'exception, voici ces exceptions :

61. Un étranger *alien* est en principe aussi capable qu'un Anglais d'être membre d'une partnership en Angleterre (3).

Il en est autrement des *alien enemy*, c'est-à-dire non pas les citoyens d'un Etat en guerre avec l'Angleterre, mais les personnes résidant dans un tel pays.

(1) Cf. Hémard, *op. cit.*, pp. 776 et suiv. et plus loin, n° 103.

(2) Y compris les personnes morales : Unif. P. A., art. 32 ; *Interpretation Act* de 1889 (52 et 53, Vict. c. 63, art. 19) ; *Add.* : n° 66.

(3) Une exception partielle doit cependant être mentionnée ici. Un diplomate étranger accrédité auprès du Gouvernement anglais, capable de contracter, donc d'être partner, ne peut cependant être actionné en justice sans son consentement ; mais s'il comparait, il est *estopped* d'invoquer son privilège par la suite. Halsb., t. XXII, p. 19.

Cette question a pris une grande importance pendant la guerre de 1914-1918. Les règles de la *common law*, relatives à cette question, controversées sur plusieurs points, ont été éclaircies et précisées par une série de décisions récentes dont la principale est le *leading case* : *Porter v. Freudenberg* de 1915 (1). Cette décision a précisé, entre autres, le sens du terme *alien enemy*. Il comprend toute personne, indistinctement de sa nationalité, *résidant* volontairement dans un Etat en guerre avec l'Angleterre ; mais il ne comprend pas ceux des sujets d'un Etat ennemi qui résident à l'intérieur du Royaume-Uni avec l'autorisation de la Couronne ; et l'enregistrement d'un *alien* conformément à l'*Aliens Registration Act* de 1914 confère une telle autorisation (2).

Pour le reste, l'ancienne règle qui subsiste est qu'un *alien enemy* ne peut intenter d'action devant une Cour anglaise (3), bien qu'il puisse être actionné, être entendu comme défendeur et en ce cas même faire appel.

Dans la mesure où une personne juridique peut être

(1) *Porter v. Freudenberg et Comp.* (1915), 1, K. B. 857, 84, L. J. K. B., 1001 ; Pollock, *Dig.*, p. 103.

(2) *Princess Thurn and Taxis v. Moffitt* (1915), 1 Ch., 58, 84, L. J. Ch., 220, confirmé par le précédent ; Pollock, *Dig.*, p. 103.

(3) Voyez cepend. *Rodriguez v. Speyer* (1919), A. C., 88, L. J. K. B., 147 ; Pollock, *Dig.*, p. 101.

partner (1), son caractère, hostile ou non, n'est pas absolument déterminé par le lieu de son enregistrement ou son siège officiel, ni par la nationalité de la majorité de ses membres (2) ; une company peut, par exemple, être considérée *enemy*, bien qu'enregistrée en Angleterre, si l'entreprise sociale est conduite en pays ennemis.

Une partnership dont un ou plusieurs membres deviennent *alien enemies* est, elle aussi, illégale et les conséquences en sont les mêmes que celles indiquées au n° 60.

62. *Incapacités du droit pénal.* — En *common law*, le *felon*, c'est-à-dire tout criminel, et l'*outlaw*, le mort civil, perdaient leur part ou intérêt dans une partnership, et celle-ci passait à la Couronne (3). En ce qui concerne les derniers la règle subsiste ; quant aux *felons* elle a été modifiée par le statut 33 et 34, Vict. c. 23. En vertu de celui-ci, seul le *convict*, c'est-à-dire le condamné à mort ou à une : *penal servitude* reste incapable de contracter, donc de s'associer, sauf si autorisé par une licence spéciale. Sa part ou intérêt dans une partnership existante ne passe plus à la Couronne (4).

(1) Voyez sur ce point, n° 66.

(2) *Daimler, Co's Case* (1916), 2, A. C., 307, 85, L. J. K. B., 1333 ; Pollock, *Dig.*, p. 104.

(3) Coke, *On Litt.*, 128.

(4) Lindley, 8^e éd., p. 89, où l'on renvoie pour plus de détails.

Toutes ces questions concernent plutôt le droit des contrats en général que celui de la partnership (1).

63. *Déments.* — Le cas du *lunatic* est plus délicat. Conformément aux règles générales des contrats, la démence n'est pas en principe une cause de nullité pour une partnership constituée de bonne foi, c'est-à-dire entre personnes ignorant la démence de l'une d'entre elles, pas plus qu'elle ne rend nulle ou illégale une partnership existante lorsqu'elle frappe un de ses membres. Celui-ci reste responsable comme tout associé (2) et comme tel conserve son droit de participer aux bénéfices (3). Tout ce que ses co-associés pourront obtenir en attendant la dissolution, qui peut pour ce motif être demandée en justice, c'est que la cour accorde une *injunction* pour empêcher l'immixtion du dément dans la gestion de l'entreprise sociale (4).

64. *Le mineur : infant* peut, selon la *common law*, contracter, donc s'associer (5). Mais tant qu'il est mi-

(1) Voyez Gérard, *Les torts ou délits civils en droit anglais*, thèse Rennes, 1910.

(2) *Sadler v. Lee*, 6, Beav. 324 ; Lindley, 8^e éd., p. 93.

(3) *Jones v. Noy*, 2, M. et K., 125 ; Lindley, *ibid.*

(4) *J. v. S.* (1894), 3 Ch., 72, 63, L. J. Ch., 615 ; Pollock, *Dig.*, p. 105.

(5) Les lois qui dans ces 50 dernières années ont fortement aggravé l'incapacité du mineur : *The Infants Relief Act* de 1874 et *The Betting and Loans (Infant) Act* de 1892, ne modifient pas cette capacité en matière de partnership. Pour tout ce qui concerne la capacité du mineur, v. Fère, th. Paris, 1923.

neur il n'encourt aucune responsabilité, et lorsqu'il devient majeur il peut à son choix désavouer ses conventions passées. Le mineur n'encourt même pas la responsabilité d'associé en se faisant ou laissant passer pour tel ; il en était ainsi en *common law* et le P. A. de 1890 n'introduit à ce point de vue aucune modification. En *equity* cependant un mineur coupable de fraude dans un contrat pouvait être condamné à la rescision de celui-ci et au paiement en vertu d'une *injunction* des frais de la procédure (1).

Mais le mineur ne peut exiger sa participation aux bénéfices et refuser en même temps de supporter sa part de pertes. A sa majorité on lui accorde un délai raisonnable pour ratifier ou répudier tous les contrats conclus par lui pendant sa minorité. En général, le mineur ne sera tenu que s'il ratifie expressément ; mais pour certains contrats dont celui de *partnership*, c'est la répudiation qui doit être expresse, le silence du mineur étant interprété comme une ratification tacite (2).

Ce privilège est personnel au mineur, ses co-associés ne peuvent en user. Si le mineur répudie, il n'empêche pas par là sa part des biens sociaux de rester tenue des dettes de la *firm*, il n'évite par là que la responsabilité illimitée ; il en est au moins ainsi au cas normal où le mineur a tiré un bénéfice du contrat de société.

(1) Lindley, 8^e éd., pp. 90-94 et les *cases* cités en note.

(2) Stevens, *op. cit.*, p. 37, et les *cases* cités aux notes (e) et (g).

Enfin, si le mineur ratifie ou plutôt ne répudie pas dans un délai raisonnable, à partir de sa majorité, le *contract of partnership* devient entièrement valable ; le mineur est tenu de toutes les dettes sociales sur tous ses biens ; car l'article 4 de la loi de 1874 qui refuse au créancier le droit d'actionner l'ex-mineur en vertu du contrat ratifié ne s'applique pas en matière de *partnership* (1).

Réciproquement, en l'absence de cette répudiation expresse, tous les contrats conclus par un associé mineur engagent ses co-associés.

65. *La femme mariée* : *Married woman* était, en *common law*, sauf les exceptions que nous indiquerons plus bas, incapable de contracter en général, elle ne pouvait donc être *partner*. L'*equity* par contre considérait ses contrats comme *enforceable* sur ses biens séparés si elle en possédait.

La réforme des *Married woman property Act* de 1882 et 1893 (45 et 46, Vict. c. 75, et 56 et 57, Vict. c. 63) est bien plus large, car ils établissent la pleine capacité contractuelle d'une femme mariée, ses contrats restent bien entendu recouvrables en général sur ses biens séparés seuls ; sur ceux qu'elle possédait, au moment de la conclusion du contrat, selon la loi de 1882, article 1^{er},

(1) Stevens, *ibid.*, pp. 38-39. Il en est de même en matière de souscription d'actions d'une *company*.

alinéa 2, sur tous ses biens séparés, présents et à venir, selon celle de 1893, art. 1^{er}.

Les exceptions déjà admises en *common law* étaient les suivantes : les femmes des *felons*, des *alien enemies*, celles des *freemen* de la cité de Londres (si elles exerçaient un commerce séparé), ou celles ayant obtenu un *protection order* et enfin celles séparées judiciairement de leurs maris étaient aussi capables de contracter que si elles étaient non mariées. Actuellement, toutes ces exceptions sont comprises dans la règle inverse de la pleine capacité de la femme mariée.

La femme mariée ne peut cependant, actuellement encore, être déclarée en faillite (1) que si elle exerce un commerce séparé (2) et seulement quant à ses biens séparés. Même au cas où elle est admise, la procédure de la faillite sera différente, car celle de la *bankruptcy notice* n'est pas applicable à un jugement contre les biens séparés seuls (3).

En ce qui concerne les droits d'un partner, la femme mariée les a tous, comme tout autre associé. Aussi malgré sa pleine capacité contractuelle, la femme mariée est loin d'être en Angleterre un partner désirable pour une firm, car tandis que ses droits d'associé, notamment sa participation à la gestion et aux bénéfices

(1) *Re Helsby*, 63, L. J. Q. B., 261 ; Underhill, *op. cit.*, p. 42.

(2) *Married Women Property Act* de 1882, art. 1 (5).

(3) Underhill, *ibid.*, p. 42.

de l'entreprise sociale, sont absolus, sa responsabilité, tant envers ses co-associés qu'envers les créanciers de la firm, est strictement confinée à ses biens séparés (1).

66. *Les personnes juridiques : Corporations* peuvent tout comme des personnes physiques s'associer en partnership, à des individus ou à d'autres *Corporations*.

Mais il faut ici tenir compte de la doctrine d'*ultra vires* ; en vertu de celles-ci, les corporations ne peuvent contracter en général, donc s'associer, que pour poursuivre le but en vue duquel elles ont été créées, et jusqu'ici la doctrine d'*ultra vires* est appliquée avec tant de rigueur que la règle a été renversée : il est en principe *ultra vires* pour une corporation de s'associer à des personnes juridiques ou physiques ; mais cette présomption souffre la preuve contraire (2).

En ce qui concerne les *companies*, une série de lois les autorise expressément à s'associer et devenir ainsi membres dans des partnerships ou dans d'autres *companies* (3).

Enfin une *firm*, bien qu'elle ne soit pas une personne juridique, peut tout aussi bien s'associer à d'autres firms ou à des individus, pour constituer une nouvelle part-

(1) Voir dans Underhill, *op. cit.*, p. 44, les vers ironiques mais juridiquement exacts de M. Cyprian Williams.

(2) Lindley, 8^e, p. 97 ; *Amer and Engl. Encycl.*, t. XXII, p. 70.

(3) Sur la nationalité des personnes juridiques, voyez ce qui a été dit au n° 61,

nership dans laquelle elle sera partner tout comme un individu (1). Ici encore par conséquent la firm est considérée comme une entité juridique distincte de ses membres, sinon comme une véritable personne juridique (2).

II. — *Consideration.*

67. Une convention constitutive de société exige, comme toute convention en général, une certaine cause *consideration* (3) pour être valable. Toute contribution sous forme de capital ou travail, ou tout acte dont peut résulter une responsabilité envers les tiers, est une cause suffisante pour une convention constitutive de partnership (4).

On n'exige pas de proportionnalité entre les diverses *considerations* fournies par les associés, les parties doivent être laissées seules juges en cette matière.

(1) *American and English Encyclopaedia, ibid.*, p. 70.

(2) *Ibid.* ; on y retrouve la confusion mentionnée au n° 35 entre la personnalité juridique et la responsabilité limitée : « la « firm, y est-il dit, est ici considérée comme une entité distincte « de ses membres, mais non comme une entité légale... les membres de la firm originaire étant tenus *in solido* des dettes de la « firm commune. »

(3) Cette traduction, exacte en matière de partnership, ne l'est pas toujours. Sur la *consideration* en général, voir H. Lévy-Ullmann, *Cours 1920 1921 et 1921-1922*, et Stevens, *op. cit.*, pp. 20-25.

(4) Lindley, 8^e éd., p. 85 et voyez ce qui a été dit au n° 44,

Celles-ci pourront donc valablement stipuler que d'une part les bénéfices seront partagés dans une certaine proportion entre tous les associés et que d'autre part, les pertes ne seront subies que par une ou plusieurs d'entre elles. Une telle convention n'est pas nécessairement un *nudum pactum* ; elle n'est rien de plus qu'une promesse de la part de certains associés d'indemniser les autres des pertes éventuelles, mais le fait que ces derniers deviennent associés, donc responsables envers les tiers, est encore une *consideration* suffisante. En général, cette clause se retrouve en faveur des *dormant partners* à la charge des associés gérants et cela la justifie (1).

68. La principale application de la *consideration* en matière de *partnership* concerne le cas du *premium* : lorsqu'une personne est admise en société par une ou plusieurs autres déjà établies dans une entreprise (*business*), il est en général convenu que l'associé entrant payera aux autres une somme d'argent. Une telle convention est valide, car elle repose sur une *consideration*, partant si la somme n'est pas dûment payée, elle pourra être recouvrée par une action en justice (2).

La *consideration* en ce cas n'est pas seulement la

(1) Lindley, 8^e, pp. 85-86 ; voyez aussi ce qui a été dit au n^o 43.

(2) *Walker v. Harris*, 4, Austr. 245, où il a été jugé qu'il n'était pas nécessaire dans notre cas de présenter un *deed* de *partnership*. Lindley, 8^e éd., *ibid.*.

création de la partnership convenue entre parties, mais aussi sa continuation pendant la période stipulée. Or, si elle est dissoute avant le terme convenu, la question se pose de savoir si le *premium* doit être restitué en tout ou partie. Cette question délicate, prévue maintenant par l'article 40 du P. A. de 1890, se retrouvera au chapitre IV de cette 2^e partie, en matière de dissolution de la partnership.

III. — *Objet légal.*

69. L'objet que les associés choisissent comme champ de l'entreprise sociale peut être extrêmement varié, comme on l'a dit au n° 12, et comme cela résulte de l'article 45 du P. A. de 1890 définissant le terme *business*. La liberté des parties semble donc absolue sur ce point. Mais outre ce qui a été dit au n° 12, *in fine*, de certaines professions qui ne peuvent faire l'objet de partnerships, celui-ci est encore limité en ce qu'il ne doit pas être contraire à la morale, à la religion ou à l'ordre public, *public policy*. Voici quelques exemples de partnership dont l'objet a été jugé illégal en ce dernier sens (1) : fabrication de fausse monnaie, aide d'un Etat ennemi, empêcher la concurrence ou obtenir une augmentation du prix des marchandises, obtention

(1) Pour une énumération plus complète et une jurisprudence abondante, voir *American and English Encycl.*, t. XXII, pp. 72-74.

vénale d'offices publics, entreprise par des personnes non autorisées d'une business pour laquelle la loi exige une licence ou des titres spéciaux (1).

Il faut d'ailleurs distinguer les partnerships dont l'objet est lui-même illégal, de celles qui ne le sont que quant à leur mode de gestion. Certaines entreprises (*business*) peuvent faire l'objet légal d'une partnership, mais la gestion de celle-ci doit alors être conforme à une réglementation légale détaillée. Les principaux exemples de cette classe sont ceux des entreprises de banque, de *bookmakers*, de *brokers* (2), de dentistes, d'assurances, de pratiques médicales, de prêts d'argent, de journaux, de patentes, de *solicitors*, de représentations théâtrales, etc...

Nous ne pouvons ici entrer dans le détail des diverses lois réglementant ces classes d'entreprises (3), d'ailleurs ceci ne concerne plus l'objet du contrat de société, mais la gestion de cette dernière.

Souvent les deux questions : illégalité de l'objet et illégalité de la gestion de la partnership, sont à ce point connexes qu'il est difficile de les distinguer (4) ; d'ail-

(1) Voyez n° 12 ; mais ne sera pas illégale la partnership constituée dans une de ces dernières hypothèses, entre plusieurs personnes dont une seule ou quelques-unes remplissent les conditions légales.

(2) *Broker* : courtier, voir sur ce point Delangle, th. Paris, 1923, p. 120.

(3) Voyez sur ce point : Lindley, 8^e éd., pp. 115-126.

(4) Le meilleur exemple en est le case *Twaites v. Coulthawait*

leurs, le résultat pratique des deux illégalités est le même.

SECTION III. — Caractères essentiels du contrat.

70. Nous avons déjà dit au n° 24, en comparant les partnerships aux companies, que le principal caractère des premières par opposition aux dernières est la *personal confidence* ou *delectus personarum*. Cela correspond à dire que le *contrat of partnership* est ce que nous appelons en droit français un contrat *intuitu personarum*. Un grand nombre de conséquences découle directement ou indirectement de ce caractère essentiel de notre contrat. Nous les retrouverons par la suite, notamment au chapitre IV de cette deuxième partie en matière de dissolution ; nous en mentionnerons pour le moment deux : la première, l'application en matière de partnership de la *specific performance* ou exécution en nature, parce que nous n'aurons plus par la suite l'occasion de nous en occuper ; l'autre, l'exigence de l'*uberrima fides* entre associés, parce qu'elle s'applique aussi à la convention constitutive.

(1896), 1 Ch., 496 commenté dans Underhill, *op.cit.*, pp. 34-36 ; où une entreprise de *bookmakers* légale en elle-même selon le *Gaming Act* de 1845 et le *Betting Act* de 1853, fut reconnue illégale quant à sa gestion conformément à l'article 3 de la dernière loi.

71. L'exécution en nature : *specific performance* (1), inconnue de la *common law*, est une création des cours d'*equity* qui a conservé un domaine restreint même depuis le *Judicature Act* de 1875 ; actuellement encore elle n'est applicable d'une façon générale qu'aux transferts de droits fonciers et aux stipulations matrimoniales ; elle ne l'est que rarement pour les contrats relatifs aux droits mobiliers ; enfin elle ne l'est pas du tout pour les contrats créateurs d'une obligation de faire, catégorie dont fait justement partie le contrat constitutif de *partnership*. Cette inapplication de la *specific performance* en matière de *partnership* s'explique d'ailleurs plus par l'histoire de l'exécution en nature que par le caractère du contrat étudié ici, le *delectus personarum*.

Une convention constitutive de *partnership* n'est donc pas *specifically enforceable*, les cours n'obligeront pas telle personne qui a convenu de s'associer à d'autres à le faire (2) ; pas plus qu'elles ne l'obligeront à la remise de l'apport convenu (3).

Mais cette règle générale admet des exceptions bien

(1) Sur la *specific performance* en général, voyez Jenks, *Dig.*, Arts. 286-293 ; H. Lévy-Ullmann, *Cours 1920-1921* et pour son histoire Maitland, *Lectures on Equity*, 1920.

(2) *Scott v. Rayment*, 7, Eq. 112 ; *Herey v. Birch*, 9, Ves. 357 ; *Sheffield Gas et c., Co v. Harrison*, 17, Beav. 294 ; *Downs v. Collins*, 6, Ha, 418, etc., cités par Lindley, 8^e éd., p. 350.

(3) *Sichel v. Mosenthal*, 30, Beav. 371, cité *ibid.*

que très rares, exceptions qui s'expliquent peut-être historiquement par le fait que la partnership a été pendant un certain temps de la compétence presque exclusive de la *chancery*.

On peut grouper ces exceptions sous la formule générale : l'exécution en nature d'un *deed* constitutif de partnership à terme fixe, qui a reçu un commencement d'exécution, peut être ordonnée par la Cour si c'est le seul moyen de faire justice entre parties (1).

Les décisions les plus connues sur ce point sont *England v. Curling*, 1844, *Scott v. Rayment*, 1868, et *Byrne v. Reid*, 1902 (2). Tel est le cas, pour citer un exemple, où une clause du contrat prévoit l'adjonction du nom de tel associé dans la raison sociale, on pourra obtenir la *specific performance* d'une telle clause (3).

En dehors de la constitution, la partnership présente des applications de l'exécution en nature ; notamment relativement à sa dissolution, on pourra l'obtenir contre un co-associé refusant de délivrer la copie d'un registre important tombé en son lot (3) ; mais ceci ne concerne plus le contrat constitutif de partnership.

(1) Pollock, *Dig.*, p. 6 ; Story, *On Equity*, p. 285.

(2) *England v. Curling* (1844), 8, Beav. 129, 137 ; 50, E. R. 51, 68, R. R. 39, 45 ; Pollock, *ibid.* ; Lindley, 8^e éd., p. 551 ; White, *Cases*, II, p. 443 ; *Scott v. Rayment* (1868), L. R. 7, Eq. 112 ; Pollock, *ibid.* et n. (i), p. 122 ; *Byrne v. Reid* (1902), 2 Ch., 735 ; Lindley, *ibid.* ; White *Cases*, *ibid.*, p. 445, où l'on en trouvera d'autres.

(3) Story on partnership, § 665 et s., et 710.

72. *L'uberrima fides* exigée par le droit anglais entre associés est un trait inhérent à toutes les formes de sociétés indistinctement de leur nationalité. *In sociatatis contractibus fides exhuberet*, disaient déjà les juriconsultes romains (1). On ne se contente donc pas ici de la bonne foi exigée dans tous les contrats, il en faut plus entre partners : *utmost goodfaith* (2). Nous en trouverons une application dans l'article 28 du P. A. de 1890 en traitant des rapports des associés entre eux.

Mais cette règle ne s'applique pas seulement aux rapports des associés entre eux après la constitution de la partnership ; elle est également exigée pendant les tractations précédant cette formation ou sa constitution complète et apparente.

Ainsi, pour le cas de constitution d'une société à venir, un de ses futurs membres ne doit pas tirer un bénéfice particulier d'une affaire entreprise par lui au nom de la firm future.

Ainsi encore, la personne qui en invite d'autres à se constituer ensemble en partnership est non seulement tenue de s'abstenir de toute assertion fausse, mais aussi de toute réticence (3).

(1) Code IV, 37, 3, cité par Lindley, 8^e éd., p. 364.

(2) Pollock, *Dig.*, p. 94 ; Pollock, *On Contracts*, p. 594.

(3) *Ibid.*, pp. 594-598, à ce point de vue les companies sont bien plus strictement réglementées, sur ce que ses promoteurs peuvent et doivent insérer dans les prospectus de souscription d'actions.

CHAPITRE II

RAPPORT DES ASSOCIÉS AVEC LES TIERS

73. Ce chapitre, ainsi que le suivant qui traite des rapports des associés entre eux, devraient constituer rationnellement les deux sections d'un même chapitre intitulé : Effets de la partnership. Les auteurs anglais s'éparent au contraire totalement ces deux questions et cela est conforme à la conception anglaise de la partnership qui, comme on l'a vu au n° 9, ne considère pas cette dernière comme un contrat, mais comme un rapport (*relation*) ; que l'on étudie alors sous ses deux aspects nettement distincts, l'un extérieur, les rapports des associés, de la firm, avec les tiers, l'autre intérieur, les rapports des associés entre eux. Pour rendre le plus fidèlement possible la notion anglaise de la partnership, nous n'hésitons pas à suivre ce dernier plan. Dans les trois sections composant ce chapitre, nous étudierons les trois principales (mais non les seules) questions soulevées par les rapports des associés avec les tiers : leurs pouvoirs, leur responsabilité, et la doctrine de *holding-out* dont nous avons déjà parlé au n° 10.

Quant à la question des actions en justice entre associés et tiers, comme c'est une question de procédure,

nous nous contentons de renvoyer à nos courtes explications du n° 41 *suprà*.

SECTION I. — **Pouvoirs de l'associé.**

74. La réglementation des pouvoirs d'un associé n'est que l'application en matière de partnership de la théorie générale de l'*agency* : représentation (1). Aussi serons-nous aussi brefs que possible sur cette question qui est une des parties les plus importantes pratiquement de toute notre matière.

Nous avons vu au n° 21 que l'*agency* avait été proposée pour définir et même pour déterminer l'existence de toute partnership, mais que le critérium avait été abandonné comme inexact ; toute *agency* réciproque n'implique pas l'existence d'une partnership. Au contraire, et c'est ce qui avait fait proposer ce critérium, toute partnership crée nécessairement une *agency* réciproque entre ses membres : « Tout associé est un *agent* de sa firm et de ses autres associés, pour la gestion de l'entreprise de la société (2). »

Avant d'exposer la réglementation légale des pouvoirs de l'associé, nous dirons quelques mots sur les pouvoirs qu'a en général tout agent ; car cela est indispensable pour comprendre cette réglementation.

(1) En ce sens : Underhill, *op. cit.*, p. 71. Sur l'*agency* en général, voyez la thèse toute récente, Delangle, Paris, 1923.

(2) P. A. de 1890, art. 5, Pollock, *Dig.*, p. 30 ; Unif. P. A., art. 9 ; Burdick, *On Part.*, p. 429.

75. Les agents se divisent principalement (1) en *General Agents* et *Special Agents* ; nous ne nous occuperons ici que des premiers dont fait justement partie le partner ; au reste la question des pouvoirs d'un *Special Agent* offre bien moins de difficultés.

Les pouvoirs d'un *general agent* se divisent en pouvoirs effectifs (*actual* ou *real*) et en pouvoirs apparents (*apparent* ou *ostensible*) (2). Les premiers peuvent à leur tour être soit expressément conférés par la convention constitutive de l'*agency*, soit tacites (*implied*) en l'absence d'une telle convention ou même lorsqu'il en existe une, car ce pouvoir comprend celui de faire tous les actes nécessaires à la gestion de l'entreprise du représenté, et ce dernier peut avoir sous-entendu, donc omis, ce pouvoir dans la convention constitutive de l'*agency*. Les derniers, les pouvoirs apparents, sont ceux que le représentant paraît avoir, ou dont ont connaissance les tiers traitant avec lui. Ils renferment évidemment aussi l'*implied authority* de plus haut, c'est-à-dire le pouvoir de faire tous les actes nécessaires à la gestion de l'entreprise.

En cas de conflit des pouvoirs effectifs et apparents, c'est-à-dire au cas où l'agent fait un acte rentrant dans ses pouvoirs apparents, mais qui lui est interdit par la

(1) Voyez sur ce point : Delangle, *op. cit.*, pp. 30-31, et pour plus de détails ses renvois note 1, p. 31.

(2) Delangle, pp. 71-76 ; Underhill, *op. cit.*, pp. 71-74.

convention constitutive de l'*agency*, c'est le pouvoir apparent qui l'emporte et le *principal* sera tenu par l'acte en question (1).

76. Les articles 5 à 8 du Partnership Act de 1890 (2), qui déterminent les pouvoirs des associés, ne font qu'appliquer en matière de partnership ces règles générales de l'*agency*. Selon ces textes et en résumé, pour savoir si la firm est ou non engagée par un acte d'un des associés, il faut rechercher en règle générale si cet acte rentre ou non dans les pouvoirs apparents de l'associé. Or, pour qu'il en soit ainsi, il faut :

1° Que l'acte soit en rapport avec l'entreprise sociale (3), sinon il faut qu'il y soit expressément autorisé par tous ses associés (3).

2° Que l'acte soit un de ceux employés dans la gestion courante des entreprises de même espèce que celle de la firm. Cette règle énoncée par l'article 5 du P. A. de 1890 et 9 de l'Unif. P. A., qui diffèrent peu, exige des explications plus amples, nous la reprendrons aux numéros suivants.

3° Que l'acte de l'associé soit fait en sa qualité d'as-

(1) Underhill, *ibid.*

(2) Cf. Unif. P. A., art. 9-10. Pour le texte des premiers, voyez Pollock, *Dig.*, pp. 30, 39 et 43 ; pour les derniers Burdick, *On Part.*, pp. 429-431.

(3) P. A., 1890, art. 7 ; Pollock, *ibid.* ; Underhill, *ibid.* ; Lindley, 8^e éd., p. 156.

socié, d'*agent* de la firm (1) ; car il est parfaitement concevable qu'il ait agi comme *principal* en son propre nom et non comme représentant de la firm, en ce cas cette dernière ne sera évidemment pas engagée.

77. La deuxième des règles que nous venons d'énumérer n'est pas une innovation du P. A. de 1890 ; on la retrouve dans les décisions antérieures, parmi lesquelles le *leading case* est : *Bank of Australasia v. Breillat* de 1847 (2). Voici ce qu'elle signifie : L'acte d'un associé n'eugage pas la firm simplement parce qu'il est utile ou même nécessaire dans telle transaction particulière ; il doit l'être en général, être un acte usuel de gestion, car l'associé est le *general agent* de sa firm et rien de plus (3). Quant à la question de savoir si tel acte déterminé est un acte usuel de gestion, c'est une question variant avec la nature de l'entreprise, et à déterminer par les personnes qui en ont la pratique (4). Il en résulterait que c'est toujours une question de fait ; mais pour un certain nombre d'actes fréquents et importants, il y a des usages bien établis (spécialement en matière de *trading partnerships*) qui reçoivent

(1) P. A., 1890, art. 7 ; Pollock, *ibid.*

(2) *Bank of Australasia v. Breillat*, 6, Moo. P. C., 193 ; 13, E. R., 637 ; 79, R. R., 53 ; Underhill, *op. cit.*, pp. 76-78.

(3) Pollock, *Dig.*, p. 32.

(4) *Ibid.* et Lindley, 8^e éd., pp. 157-158.

une reconnaissance constante de la cour et sont ainsi devenus des règles de droit (1). Nous les énumérons divisés en trois catégories :

78. I. *Actes que tout associé a le pouvoir de faire au nom de sa firm :*

a) *Acheter* pour le compte de la firm tout ce qui est nécessaire ou ordinairement employé dans l'entreprise ; la firm sera engagée nonobstant tout détournement (*misapplication*) subséquent de ces choses par l'associé qui les a achetées (2).

b) *Vendre* tous les biens personnels (*personal property or goods*) appartenant à la partnership ; à moins que l'acheteur ne sache que l'associé traitant avec lui a l'intention d'employer à son usage personnel le prix de la vente, au lieu d'en rendre compte à la firm (3).

c) *Recevoir* un paiement, donner quittance, ou même faire remise de toute dette due à la firm (4).

d) *Engager des préposés*, domestiques ou employés, au nom de la firm et pour la gestion de l'entreprise de celle-ci (5).

e) L'associé gérant a de plus le pouvoir *d'engager un avoué* (*solicitor*) pour défendre à une action intentée

(1) Pollock, *ibid.*

(2) Lindley, 8^e éd., p. 180 ; Pollock, *Dig.*, p. 37.

(3) Pollock, *ibid.*, p. 36.

(4) *Ibid.*, p. 37 ; Lindley, 8^e éd., p. 170-173.

(5) Pollock, *ibid.*, p. 37.

contre la firm et celui-ci pourra comparaître (*enter appearance*) au nom de tous les autres associés, sans être tenu de les informer de la marche de la procédure (1).

II. *Actes que les associés d'une partnership commerciale* ont seuls le pouvoir tacite de faire au nom de leur firm (2).

a) *Accepter, tirer et endosser* des billets au porteur et autres effets de commerce (3), au nom de la firm. Ceci est, nous l'avons dit, la seule différence, voire même la raison d'exister de la distinction des *trading* et *non-trading partnerships*. Les *autoritees* sont unanimes à accorder ce pouvoir aux membres des sociétés commerciales (4) ; le meilleur argument en est la nécessité pratique. Les membres d'une firm non commerciale n'auront ce pouvoir tacite que s'ils prouvent qu'il est nécessaire ou habituel à la sorte d'entreprise qu'ils gèrent. Ceci n'est même pas admis au cas d'une *unincorporated company* ou plus généralement pour toute association trop nombreuse pour agir de la manière

(1) Pollock, *ibid.*

(2) En plus bien entendu de ceux de la première catégorie.

(3) Pour les chèques, voyez Lindley, 8^e éd., p. 169 : tout associé a le pouvoir tacite d'engager sa firm par chèques tirés sur le banquier de la firm, au nom de celle-ci.

(4) Pollock, *Dig.*, p. 35 ; Lindley, 8^e éd., p. 164-165 ; Underhill, pp. 75-78 ; Halsbury, t. XXII, p. 26.

d'une partnership; mais depuis les Companies Acts cette règle n'a plus que peu d'intérêt pratique (1).

b) *Emprunter* les sommes d'argent nécessaires à l'entreprise sur le crédit de la firm (2); tout ce que nous avons dit sous le point *a* est également vrai ici.

c) *Donner en gage* tout ou partie des biens personnels de la firm, pour cautionner un emprunt, sauf si le créancier sait que l'associé traitant avec lui a l'intention d'employer la somme à son profit personnel au lieu d'en rendre compte à la firm (3).

d) *Hypothéquer*: *make an equitable mortgage*, par dépôt de *deeds* ou autrement, un bien réel ou un *chattel real* appartenant à la firm (4), mais cela a été contesté (5).

III. Actes qu'aucun associé n'a le pouvoir tacite de faire :

a) *Engager ses co-associés par deed*, sans avoir un pouvoir exprès à cet effet; pouvoir qui doit lui-même être sous sceau. Si les *articles of partnership* sont déjà sous sceau, ce fait ne confère pas le pouvoir de passer des *deeds* au nom de la firm (6).

b) *Engager sa firm comme sûreté*; mais ce pouvoir peut lui être conféré soit par convention, soit par une

(1) Pollock, *ibid.*

(2) *Ibid.*, p. 36; Underhill, p. 75-78.

(3) Pollock, *ibid.*

(4) Lindley, 8^e éd., p. 177; Underhill, *ibid.*

(5) Pollock, *ibid.*

(6) Pollock, *Dig.*, p. 38; Underhill, p. 78.

coutume spéciale à une catégorie d'entreprises, où alors une telle clause est présumée (1).

c) *Accepter en paiement (satisfaction)* d'une dette due à la firm, les actions d'une société, même entièrement libérées (2), ou d'autres biens (3).

d) *Soumettre à un arbitrage* une question intéressant sa firm (4). Ce point est expressément formulé par l'article 9 (3) (c) de l'Uniform P. A. Ce dernier est d'ailleurs bien plus complet dans ses deux articles 9 et 10, que le P. A. de 1890 dans ses articles 5 à 8 (5).

e) *Autoriser* un tiers à user de la raison sociale dans une action en justice (6).

f) *Associer* ses co-associés dans une nouvelle entreprise (6).

79. Telles sont les limites des pouvoirs apparents d'un associé ; ils l'emportent, nous l'avons dit, au cas de conflit avec les pouvoirs effectifs. Mais en l'absence de conflit il faudra tenir compte de ces derniers, c'est

(1) Pollock et Underhill, *ibid.*

(2) Pollock, *ibid.*

(3) Underhill, *ibid.*

(4) Pollock, *ibid.* ; Underhill, *ibid.*

(5) Ainsi le premier interdit encore à tout associé d'acquiescer à un jugement (*confess a judgment*), art. 9 (3) (d) ; et plus généralement de faire tout ce qui rendrait impossible la continuation de l'entreprise sociale, *ibid.* (c) ; enfin de disposer de la clientèle (*goodwill*) de la business, *ibid.* (b).

(6) Underhill, *ibid.*

ce qu'établit l'article 8 du P. A. de 1890 : « Si les associés ont fixé par convention des restrictions aux pouvoirs de l'un ou plusieurs d'entre eux d'engager la firm, aucun acte fait en contravention de cette convention n'engagera la firm à l'égard des tiers qui ont eu connaissance de cette clause (1). » Loin d'être une innovation de la loi de 1890, cet article copie presque textuellement une clause correspondante de l'article 251 de l'*Indian Contract Act* (2).

Lord Lindley a fait observer (3) qu'une convention entre associés, établissant que certains actes ne seront pas faits par eux, est parfaitement compatible avec l'intention que s'ils ont pourtant été faits, la firm n'en sera pas moins tenue ; tout ce qu'une telle convention signifie, c'est que l'associé qui l'aura outrepassée indemniser la firm et non pas que celle-ci ne sera pas tenue. Ainsi entendue cette clause ne serait pas une restriction des pouvoirs, mais au contraire les reconnaîtrait, en faisant de leur exercice un *breach of faith*. Cette vue, bien qu'admissible, est une question d'interprétation de l'intention des parties.

30. Les deux autres articles du P. A. de 1890, qui réglementent les pouvoirs de l'associé, les articles 6 et

(1) Cf. Unif. P. A., s. 9 (4) ; Burdick, *On Part.*, p. 430.

(2) Pollock, *Dig.*, p. 43-44.

(3) Lindley, 8^e éd., p. 218 ; Pollock, *ibid.*

7 (1), ont bien moins d'importance. Le premier est une sorte de réciproque de l'article 5, qu'il était superflu d'énoncer ; son alinéa final, spécifiant que ce texte n'affecte en rien les règles générales sur les *deeds* et effets négociables, n'est pas plus indispensable (2) ; on ne retrouve pas de dispositions similaires dans l'Unif. P. A.

Le second, l'article 7, établit une exception aux pouvoirs tacites des associés : « Si un associé use du crédit « de la firm dans un but qui n'est apparemment pas « connexe à son entreprise, la firm ne sera pas tenue, à « moins que l'associé n'ait été expressément autorisé à « le faire par les autres. » La règle est justifiée, les tiers qui traitent dans ces conditions ne peuvent évidemment pas invoquer qu'ils ont été induits en erreur par le pouvoir apparent de l'associé. Son cas le plus fréquent d'application est celui de l'associé émettant un effet négociable au nom de la firm et employant la somme à son profit personnel ou au paiement d'une dette séparée. Il se peut cependant que la règle de l'article 7 soit écartée, par application de la théorie de l'*estoppel*, à raison de la conduite des autres associés qui a pu être interprétée comme un acquiescement (3).

(1) Pour leur texte voyez Pollock, *Dig.*, p. 39.

(2) *Ibid.*

(3) Pollock, *Dig.*, pp. 39-42.

SECTION II. — Responsabilité des associés.

81. Nous nous sommes à plusieurs reprises déjà occupés (1) de la responsabilité des associés quant à son *étendue*. Sans craindre de nous répéter sur ce point capital nous dirons encore une fois : « tout partner est « responsable jusqu'à son dernier centime, de toutes les « dettes et obligations de la firm » (2). En dehors du Limited Partnership Act de 1907, le seul moyen d'échapper à cette responsabilité illimitée est de stipuler de chaque créancier de la firm qu'il ne sera payé que sur les biens sociaux et qu'il renonce à son recours contre les associés (3). En pratique, de telles stipulations ne se retrouvent qu'en matière d'*unincorporated companies*, où le grand nombre des associés les justifie.

La règle de la responsabilité illimitée est encore aggravée par ce fait qu'un créancier, ayant obtenu un jugement pour une dette de la firm, n'est nullement obligé de l'exécuter sur les biens de celle-ci avant de recourir aux biens séparés des associés, ni de l'exécuter sur tous les associés proportionnellement ; il peut se faire payer par un seul d'entre eux, laissant toute ques-

(1) Voyez les n^{os} 19 *in fine* et 26 *suprà*.

(2) Lindley, 8^e éd., pp. 244-245, qui justifie la responsabilité illimitée par la non-personnalité juridique de la firm. Voyez sur ce point n^o 35, *suprà*.

(3) Lindley, *ibid*.

tion de contribution être tranchée par la suite entre ces derniers (1).

Ni le P. A. de 1890, ni l'Uniform Partnership Act, n'ont cru nécessaire de formuler expressément cette règle bien connue de la *common law*.

82. La nature de cette responsabilité est par contre définie par les articles 9 à 13 du P. A. de 1890, et 13 à 15 de l'Uniform P. A. Selon ces textes il faut distinguer la responsabilité, quant aux contrats, de celle encourue pour les délits (2) :

I. *Quant aux contrats*, les associés sont conjointement responsables (*jointly but not severally*) (3). Ceci n'est pas une innovation du Partnership Act, il en a toujours été ainsi, tant en *common law* qu'en *equity*, bien que le contraire ait été soutenu quant à cette dernière (4).

La règle s'applique à tous les associés, tant *dormants* qu'*actifs* et même à ceux de ces derniers qui ont passé le contrat, ce qui s'explique par l'*agency* : l'associé qui passe une convention au nom de sa firm n'est que

(1) Lindley, *ibid*.

(2) Nous groupons sous cette dénomination les *torts*, *frauds* et *breaches of trust*, voir *infra*.

(3) Art. 15 de l'Unif. P. A., et 9 du P. A. de 1890 ; *Adde* : n° 134.

(4) Lindley, 8^e éd., pp. 237-243 et Pollock, *Dig.*, p. 46 ; selon ce dernier l'*equity* admettait la solidarité jusqu'en 1879. *Kendall v. Hamilton*, 4. App. Ca. 504.

l'*agent* de sa firm et ne sera pas responsable comme tel ; il n'est tenu qu'en qualité de membre de la firm qui est le *principal*, donc comme tous les autres associés (1).

Un associé peut cependant se rendre de plus séparément responsable, s'il se fait passer (*holds himself out*) pour le seul membre de sa firm ; ou si par la convention il s'engage lui-même séparément de ses co-associés, en même temps que conjointement avec eux.

En Ecosse par contre, les associés sont solidairement responsables (*jointly and severally*) (2).

II. *Quant aux délits*, l'article 12 du P. A. de 1890, et 15 de l'Unif P. A. déclarent les associés solidairement (*jointly and severally*) responsables, pour tous les cas prévus par les articles 10 et 11 du P. A. de 1890, et 13 et 14 de l'Uniform P. A. qui ne sont que la reproduction des premiers.

Le premier de ces deux articles rend la firm responsable de tout acte dommageable ou injurieux commis par l'un des associés, dans la gestion de l'entreprise sociale, ou avec l'approbation de ses co-associés ; ces actes sont des *torts* : délits civils (3) :

Le deuxième se réfère aux deux cas où un associé reçoit, au nom de la firm, une somme d'argent ou un bien appartenant à un tiers et le détourne (*misapplies*) ;

(1) Lindley, *ibid.*

(2) Art. 9 du P. A. de 1890.

(3) Sur les *torts* en général voyez Gérard, thèse Rennes, 1910.

ou bien où la firm reçoit dans la gestion de son entreprise une telle somme, ou bien, et que l'un ou plusieurs associés le détournent, tandis qu'il est sous la garde de la firm.

Quant à l'article 13 du P. A. de 1890, il ne regarde pas le droit de la partnership, mais celui du *trust* (1), aussi l'Uniform P. A. ne le reproduit-il pas.

83. *La durée* de la responsabilité des associés correspond normalement à la durée de la partnership elle-même ; elle commence donc à la date de la constitution de la société, et pour le cas de partnership à venir il en est ainsi même pour l'associé qui diffère l'exécution de son apport (2) ; elle finit à la dissolution de la société, sous réserve de la notification prévue par l'article 37 du P. A. de 1890. Les deux seuls cas qui méritent quelques explications supplémentaires sont ceux de l'associé sortant d'une société qui continue entre ses co-associés et de l'associé entrant dans une partnership existante.

Ce dernier cas est prévu par l'article 17, alinéa 1^{er} de la loi de 1890 (3), qui déclare que l'associé admis dans une partnership existante n'est pas responsable pour

(1) Pollock, *Dig.*, p. 56 ; c'est d'ailleurs la reproduction de l'article 67 de l'*Indian Trust Act* de 1882.

(2) Lindley, 8^e éd., p. 246.

(3) Cf. *Indian Contract Act*, art. 249.

ce qui a été fait avant son admission. Cela est d'ailleurs logique, à proprement parler il y a deux *partnerships* successives ici. Bien plus, même si le nouvel associé s'engage expressément envers les autres à répondre des dettes existantes, il ne donnera par là aucun droit contre lui aux créanciers de la *firm* (1).

Le cas de l'associé sortant d'une *partnership*, dont les autres membres restent associés entre eux, est plus délicat ; il faut ici distinguer sa responsabilité quant aux actes à venir, de sa responsabilité quant aux actes passés.

Quant aux actes à venir, il n'en est plus responsable à condition d'avoir porté sa retraite à la connaissance du public : par une publication dans la *Gazette* (2), pour le public en général ; par une notification individuelle, pour les clients de la *firm* (3). Exception est faite à cette règle dans trois cas : la publication et la notification ne sont pas exigées pour le cas de mort et faillite en général, et retraite d'un dormant partner (4).

Quant aux actes passés, l'article 17, alinéas 2 et 3 du P. A. de 1890, dispose que l'associé sortant en reste responsable à moins qu'une convention pour l'en dé-

(1) Pollock, *Dig.*, p. 67.

(2) La *London Gazette* pour l'Angleterre et le Pays de Galles, l'*Edinburgh Gazette* pour l'Ecosse et la *Dublin Gazette* pour l'Irlande.

(3) et (4) P. A., 1890, art. 36 (1) et (2) et art. 36 (3).

charger n'ait été conclue entre l'associé sortant, ses co-associés et les créanciers de la firm. Cette convention peut être tacite, c'est-à-dire résulter de la conduite des créanciers envers la nouvelle firm et réciproquement.

Mentionnons pour finir la disposition de l'article 18 du P. A. de 1890, libérant une sûreté permanente (*continuing*) donnée à une firm, quant aux actes à venir, pour tout changement dans la constitution de ladite firm. Cet article, copié sur l'article 260 de l'*Indian Contract Act*, reproduit en une formule condensée les articles 4 du *Mercantile Law Amendment (Scotland) Act* de 1856 et 7 du *Mercantile law Amendment Act* de 1856, abrogés (1).

SECTION III. — **Holding-Out.**

34. La doctrine de Holding-Out, déjà mentionnée au n° 10, est formulée par l'article 14, alinéa 1^{er} du P. A. de 1890 (2), de la manière suivante : « Quiconque s'est, « par écrits, paroles ou actes, fait ou laissé passer pour « associé dans une firm déterminée, est responsable « comme s'il l'était réellement envers toute personne « qui, se basant sur cette représentation, a fait crédit « à ladite firm (3). »

(1) *Schedule* du P. A. de 1890; Pollock, *Dig.*, p. 146.

(2) Cf. Uniform P. A., art. 16.

(3) Cf. *Indian Contract Act*, art. 245 et 246.

Cette règle n'est que l'application en matière de partnership de la doctrine plus générale de l'*estoppel* (1); toutes les règles de celle-ci seront donc applicables à la *holding-out*.

Il est donc indifférent que la personne qui se fait, ou se laisse passer pour associé, participe ou non aux bénéfices et aux pertes ; ou même que le créancier connaisse l'existence d'une convention excluant le soi-disant associé des droits ou responsabilités de l'associé en général. Mais la participation du soi-disant associé aux manœuvres constituant la *holding-out* est par contre exigée. Ne sera donc pas considéré comme tel celui dont le nom a été ainsi employé sans sa connaissance. Il n'est pas nécessaire que la manœuvre ait directement lieu entre le soi-disant associé et les tiers lésés ; ou même que le nom du soi-disant associé soit effectivement prononcé, si sa description l'identifie suffisamment (2). La question de savoir si dans telle espèce il y a ou non *holding-out* est une question de fait (3).

85. La doctrine de *holding-out* s'applique au cas de faillite de deux personnes qui se sont fait passer pour

(1) Sur l'*estoppel* en général voyez : Bigelow, *Law of Estoppel*, 6^e éd., Boston, 1913 et J. S. Ewart, *The Principles of Estoppel*, London, 1900.

(2) Pollock, *Dig.*, pp. 59-61 et les cases qu'il y cite en note.

(3) *American and Engl. Encycl.*, t. XXII, pp. 57-58.

associées sans l'être effectivement ; les fonds de l'entreprise sont considérés comme *joint estate*, au bénéfice des créanciers de la prétendue firm (1).

Elle ne s'applique pas au contraire aux biens de l'associé décédé, lorsqu'après sa mort l'entreprise est continuée sous l'ancienne raison sociale ; et il importe peu que les créanciers aient ou non connaissance du décès selon l'article 14 (2) du P. A. de 1890, qui ne fait en cela que reproduire le droit antérieur (2). Le cas le plus fréquent d'application de cette doctrine est celui où un associé sortant omet de notifier sa retraite. Il ne reste en ce cas responsable qu'envers ceux qui le savaient être associé et croyaient qu'il l'était encore ; ce qui ne peut être le cas pour un *dormant partner* (3). L'associé sortant peut être tenu pour responsable, même s'il a notifié sa retraite, si l'ancienne raison sociale est maintenue, de son consentement (4).

86. Une question controversée a été l'application de la doctrine de *holding-out* en matière délictuelle. Dans un *case* de 1825 *Stables v. Eley* (5), un associé sortant a été tenu pour responsable des dommages causés par un véhicule appartenant à la firm, parce que son nom

(1) Pollock, *ibid.*

(2) *Ibid.* et *American and Engl. Encycl.*, t. XXII, p. 57.

(3) Pollock, *ibid.*

(4) *American and Engl. Encycl.*, *ibid.*, pp. 57-58.

(5) *Stables v. Eley* ; C. et P., 614 ; Pollock, *ibid.*

était resté inscrit sur ce véhicule ; mais le *case* : *Quarman v. Burnett* (1) adopte la solution inverse. La loi de 1890 est muette sur ce point.

Enfin en 1891 la Cour d'appel, dans *Smith v. Bailey* (2), infirma le jugement de 1825 confirmant celui de 1840 et avec raison, car rendre une personne responsable par *holding-out* en matière délictuelle constitue une confusion de principes.

La responsabilité par *holding-out* se base sur la présomption qu'il a été fait crédit à une firm, parce qu'en apparence tel associé en faisait encore partie. Cela ne peut s'appliquer en matière délictuelle : dans l'espèce de 1825, la victime n'avait évidemment pas fait crédit à la personne dont le nom était inscrit sur le véhicule ! Cette inscription constituait une simple présomption que le conducteur du véhicule était son préposé, présomption qui peut naturellement être réfutée (3).

(1) *Quarman v. Burnett*, 6, M. et W., p. 508 ; 55, R. R., 725 ; *ibid.*

(2) *Smith v. Bailey*, 2, Q. B., 403 ; 60, L. J. Q. B., 779 ; *ibid.*

(3) Pollock, *Dig.*, p. 61.

CHAPITRE III

RAPPORTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX (1)

87. Les rapports des associés entre eux soulèvent un si grand nombre de questions, toutes importantes au point de vue pratique, qu'il nous est impossible, étant données les limites restreintes de cette étude, d'être complet sur ce point.

Nous avons réuni dans la première section de ce chapitre, intitulée Généralités, la plupart de ces questions traitées d'une façon sommaire, pour n'accorder ensuite une section spéciale qu'aux deux principales questions théoriques soulevées par ces rapports.

SECTION I. — Généralités.

88. Les rapports des associés entre eux sont régis par les articles 19 à 31 du P. A. de 1890 et 18 à 28 de l'Uniform P. A. ; la plupart de ceux-ci sont interprétatifs, c'est-à-dire ne s'appliquent qu'en l'absence de clause expresse de la convention constitutive (2). Aussi, en fait, les *articles of partnership* (3) réglementent-ils presque toujours ces rapports d'une façon détaillée,

(1) Pour la justification du titre, voyez n° 73.

(2) Art. 19, P. A., 1890 ; Pollock, *Dig.*, p. 69.

(3) Voyez sur ce point n° 58.

notamment en matière de gestion, de partage des bénéfices et pertes, etc...

C'est dans ce domaine que l'*uberrima fides* dont nous avons parlé au n° 72 trouve le plus d'applications. Les articles 28, 29 (1) et 30 du P. A. de 1890 en font diverses applications expresses. Le premier oblige tout associé à rendre aux autres ou à leurs ayants cause des comptes et informations détaillés pour tout ce qui concerne la partnership (1). Le second oblige tout associé ayant, sans le consentement de ses co-associés, tiré un bénéfice particulier d'une transaction concernant la partnership, à en rendre compte à cette dernière (1).

Enfin, le dernier impose la même obligation à l'associé qui sans le consentement de ses co-associés gère pour son propre compte une entreprise du même genre que celle de la firm et en tire un bénéfice particulier (2).

Ces points font d'ailleurs généralement l'objet d'une clause expresse des articles, clauses devenues depuis longtemps de style, mais superflues depuis le P. A. de 1890 (2).

39. Les règles de *gestion* de l'entreprise sociale sont, nous l'avons dit, généralement formulées par les *articles* ; en l'absence de clause expresse à ce sujet, l'ali-

(1) Pollock, *Dig.*, pp. 94-96 et pour plus de détails Halsbury, t. XXII, p. 47-49.

(2) Pollock, *ibid.*, p. 97.

néa 5 de l'article 24 du P. A. accorde un droit égal à tous les associés de participer à cette gestion. Sauf clause contraire, les différends qui pourraient naître entre associés dans cette gestion seront tranchés par la majorité (1) ; mais cette majorité doit agir de bonne foi, chaque associé qui l'exige devant être entendu (2).

Cette majorité ne peut pas modifier la nature de l'entreprise sociale (al. 8, art. 24 du P. A. de 1890).

Sauf clause expresse contraire, un associé gérant n'a pas droit à une rémunération pour sa participation à la gestion (3), une telle convention contraire peut être sous-entendue au cas où les associés ayant convenu de consacrer tout leur travail à cette gestion, laissent par la suite agir exclusivement l'un d'eux. L'associé survivant, gérant *ad interim* l'entreprise entre la dissolution de la partnership et sa liquidation, n'aura pas plus droit à une rémunération (4). Sauf clause contraire encore, tout associé peut, selon l'alinéa 9 du même article, consulter les registres de la partnership, qui doivent être tenus au lieu de l'entreprise ; mais il ne peut par

(1) P. A., 1890, art. 24 (8) confirmé par *Highley v. Walker* (1910), 26, T. L. R., 685 ; Halsbury, t. XXII, p. 49.

(2) Réciproquement la minorité ne doit pas user de son droit d'intervention d'une manière obstructive : *Wall v. London and Northern Assets Corporation* (1892), 2 Ch., 469, C. A., *ibid.*

(3) P. A., 1890, art. 24 (6) ; Pollock, *Dig.*, p. 83.

(4) Halsbury, *ibid.*, p. 50 et les cas cités note (1).

la suite en user dans des buts hostiles ou injurieux envers la firm dont il n'est plus membre (1).

90. Quant à l'*admission de nouveaux associés*, le consentement unanime de tous les associés est exigé, cette règle actuellement formulée par l'alinéa 7 du même article 24 est un des principes fondamentaux du droit de la partnership (2) qui lui aussi se base sur la *personal confidence* ou *intuitus personarum* qui est, on l'a vu, le caractère essentiel de notre contrat (3).

Nous verrons plus loin, dans la section relative à la part de l'associé, que la tentative par un associé de se substituer un tiers dans la firm est inopérante, ou ne peut que créer une *subpartnership* entre ce tiers et son introducteur.

La question de l'admission de nouveaux associés est, elle aussi, généralement réglée par une clause expresse des articles. Il est notamment courant qu'un *senior partner* se réserve le pouvoir d'introduire un ou plusieurs nouveaux associés à un moment fixé, ou pendant un certain délai. Ce tiers ainsi dûment choisi acquiert tous les droits d'un associé, droits dont la cour sanctionnera la *specific performance* (4). Bien entendu, le

(1) Pollock, *Dig.*, p. 88.

(2) Lindley, 8^e éd., p. 423 ; Cf. *Ind. Contr. Act.*, art. 253.

(3) Voyez nos 24 et 70, *suprà*.

(4) *Byrne v. Reid* (1902), 2 Ch., 735 ; 71, L. J. Ch., 830, C. A.

tiers ne peut être obligé à devenir associé et si son refus n'a pas été prévu, la partnership sera déclarée dissoute (1).

91. La même règle s'applique à l'*expulsion* d'un ou plusieurs associés. L'article 25 du P. A. de 1890 confirmant sur ce point la règle de la *common law* déclare que, sauf clause contraire des articles, la majorité ou même l'unanimité des co-associés ne peut en expulser un. Au cas où l'expulsion est permise par une clause expresse, les conditions de bonne foi exigées pour toute décision de la majorité restent applicables ; un avertissement préalable est notamment exigé, ainsi que l'opportunité de s'expliquer de la part de celui que l'on veut exclure (2). Même au cas où une clause expresse dispense la majorité de motiver l'expulsion, elle ne la dispense pas d'agir de bonne foi (3).

Toute expulsion non conforme à ces règles sera nulle ; l'associé contre qui elle aura été prononcée n'aura donc pas d'action en dommages, car il est resté associé, mais il pourra exiger le respect de ses droits d'associé (3).

92. Le droit de l'associé d'être *indemnisé* par sa firm

(1) Halsbury, t. XXII, p. 51.

(2) *Barnes v. Youngs* (1898), 1 Ch., 414 ; 64, L. J. Ch., 268 ; Pollock, *Dig.*, p. 89.

(3) *Blisset v. Daniel* (1853), 10, Ha. 493 ; 68, E. R., 1022 ; 90, R. R., 454 ; Pollock, *ibid.*

pour les paiements faits par le premier au bénéfice de la dernière est formulé par l'article 24, al. 2 du P. A. de 1890 ; le texte prévoit deux catégories de paiements : *a)* ceux faits dans la gestion normale de l'entreprise sociale et *b)* ceux nécessaires à la conservation de l'entreprise ou des biens de la firm, même s'ils sont en dehors de cette gestion. Le premier de ces sous alinéas n'est que l'application à la partnership des principes généraux du droit de l'*agency* ; le second par contre va plus loin que ceux-ci (1). Le droit de l'associé de passer au compte de la firm les sommes qu'il a nécessairement dû dépenser pour la conservation de l'entreprise ne doit pas être confondu avec le pouvoir d'emprunter sur le crédit de la firm, dont on a parlé au n° 78.

Le montant recouvrable de cette indemnisation n'est pas nécessairement limité par le capital nominal de la firm (2), mais il peut être fixé plus bas par une clause expresse. La limite fixée ne modifie naturellement en rien les obligations des associés envers les tiers, qui peuvent recourir contre chaque associé pour le total des dettes sociales, à moins qu'ils n'aient expressément renoncé à ce recours (3).

Cette obligation de la firm d'indemniser tout associé

(1) Pollock, *Dig.*, p. 83-84.

(2) *Ex parte Chippendale* (1853), 4, D. M. G., 42 ; 102, R. R., 98, *ibid.*

(3) Voyez sur ce point n° 81.

des dépenses extraordinaires nécessaires est une des rares obligations quasi-contractuelles reconnues par le droit anglais. Elle est en dehors des règles de l'*agency* ainsi que du *trust* (1).

93. Le *capital* d'une partnership est la réunion des apports de ses membres ; il ne se confond donc pas avec la *partnership property* ; le premier est une somme fixée par la convention constitutive, la dernière pouvant au contraire varier d'un jour à l'autre ; d'autre part, il faut distinguer la part d'un associé dans le capital social de l'indemnité que la firm peut lui devoir (2) et cette distinction a son importance, car l'associé a droit à un intérêt de 5 0/0 par an pour les avances faites par lui à la firm au delà du montant du capital qu'il a convenu de souscrire (3). Nous verrons en outre à la dissolution de la partnership qu'il y a priorité de paiement en faveur de cette indemnisation.

Il faut l'unanimité de tous les associés pour toute modification, augmentation ou diminution du capital social (4).

94. Quant au *partage des bénéfices et à la répartition des pertes*, l'alinéa 1 de l'article 24 du P. A. dispose

(1) Pollock, *ibid.*

(2) Pour cette dernière, voyez le numéro précédent.

(3) P. A., 1890, art. 24 (3) et (4).

(4) Lindley, 8^e éd., p. 83.

qu'en l'absence de clause expresse à ce sujet, leur répartition se fera par parts égales. Cette règle originale au droit anglais et qui parfois donne des résultats injustes s'explique en ce que le droit anglais n'exige pas d'apport de la part de tous les associés. Aussi, la plupart des auteurs reconnaissent-ils que bien que critiquable, c'est la seule admissible ; « l'égalité est équitable, non parce qu'absolument juste, mais parce qu'il est impossible de dire que tel degré d'inégalité serait plus juste (1) ».

En pratique, les articles ne manquent pas de régler cette question ; il n'est même pas besoin d'une clause expresse pour écarter la règle de l'égalité, une convention tacite, pouvant être déduite de la conduite des parties, suffit (2). Mais la charge de la preuve sera toujours pour l'associé alléguant l'inégalité ; même si un associé fournit beaucoup plus de travail qu'un autre par exemple, la règle de l'égalité s'applique sauf indemnisation pour le travail supplémentaire (3). Le droit d'exiger une part des bénéfices peut se perdre par exemple par négligence (4). Les bénéfices faits par l'associé survivant, ou plus généralement par l'associé continuant

(1) Pollock, *Dig.*, p. 83 ; pour plus de détails, v. Lindley, 8^e éd., p. 456 et suiv. ; *Adde* : n° 134 (3).

(2) P. A. de 1890, art. 24 *in principio*.

(3) Halsbury, t. XXII, p. 63.

(4) *Jones v. North Vancouver Land and Improvement* (1910), A. C., 328, P. C., cité par Halsbury, *ibid.*

l'entreprise après la dissolution jusqu'à la liquidation, seront partagés selon les mêmes règles (1).

Quant à la charge des pertes, l'égalité est nous l'avons dit ici aussi présumée en l'absence de convention contraire expresse ou tacite. Lorsqu'une clause spéciale dispose le partage inégal des bénéfices seuls, la répartition des pertes se fera dans la même proportion. Elle ne sera pas augmentée à l'égard d'un associé, par le simple fait que les pertes sont essentiellement dues à ses actes (2).

Enfin, nous avons déjà dit (3) que la responsabilité d'un associé quant aux pertes peut être limitée ou même complètement écartée par une clause expresse ; cette clause ne sera évidemment pas opposable aux tiers et équivaut par conséquent à une indemnisation de certains associés par les autres.

SECTION II. — Biens communs et biens séparés (4).

95. *Les biens communs : joint property, partnership property* ou encore *partnership stock* sont en général déterminés par la convention constitutive de société. Tout apport en propriété fait à cette constitution de-

(1) P. A. de 1890, art. 29 (2) et 42 et Halsbury, *ibid.*

(2) Halsbury, *ibid.*, p. 64.

(3) Voyez n° 13.

(4) Il vaut mieux dire biens communs que biens sociaux, ou se rappeler que la firm n'étant pas une personne juridique, ces biens sont la copropriété des associés.

vient bien commun, *partnership property*. Ces biens communs peuvent d'ailleurs être augmentés ou diminués par la suite ; tout ce qui après la constitution a été acheté avec les deniers de la firm le devient également ; et il importe peu en ce cas que le bien en question ait été acheté par un seul associé et même en son propre nom ; celui-ci sera alors présumé *trustee* de la firm.

En ce qui concerne les navires, la question était compliquée. Il était bien établi, tant en *common law* qu'en *equity*, que le navire était la propriété de celui ou de ceux qui s'étaient fait enregistrer comme ses propriétaires, conformément aux *Ship Registry Acts*. Donc si un navire, acheté avec les deniers de la firm et considéré par tous comme *partnership property*, était enregistré au nom d'un seul des associés, il n'y avait pas moyen d'empêcher que ce dernier n'en frustrât ses co-associés. Mais le *Merchant Shipping Act* de 1894 (57 et 58 Vict. c. 60) considère dans ses articles 56 et 57 l'associé enregistreur comme *trustee* de la firm (1).

La présomption selon laquelle tout ce qui est acheté avec les deniers de la firm est *partnership property* peut cependant être écartée ; par exemple, en prouvant que la somme a été prêtée par la firm à l'associé.

Quant aux biens acquis après la dissolution mais avant la liquidation d'une firm, ils ne sont pas néces-

(1) Lindley, 8^e éd., pp. 386-387.

sairement *partnership property*, même si l'associé qui en a fait l'acquisition a continué l'entreprise de la firm dissoute sans l'autorisation de ses co-associés (1).

La clientèle *goodwill* d'une firm, dans la mesure où elle a une valeur pécuniaire, est aussi considérée *partnership property* à moins de preuve contraire (2).

96. Tout ce qui n'est pas *partnership property* fait partie des biens séparés (*separate estate*) de l'un ou de l'autre des associés. Mais les choses produisant les bénéfices de la *partnership* peuvent appartenir en propriété à un seul des associés si la jouissance seule de la chose a été apportée en société (3) et les biens employés dans l'intérêt de la société ne sont pas plus nécessairement *partnership property* (4). Les cas les plus délicats sont ceux où des co-propriétaires sont en même temps associés quant aux bénéfices produits par les biens communs ; on ne peut donner sur ce point de règle générale, les solutions diffèrent avec les espèces jugées (5).

(1) *Nerot v. Burnant*, 4, Russ. 247 ; 2, Bli. N. S., 215, cité *ibid.*

(2) *Jennings v. Jennings*, 1898, 1 Ch., 378 ; Lindley, *ibid.*, sur la clientèle (*goodwill*), voyez *infra*, n° 109.

(3) *Fromont v. Coupland*, 2, Bing, 170, déjà cité au n° 54.

(4) *Burdon v. Barkus*, 3, Giff. 412 ; Lindley, *ibid.*

(5) Ainsi dans *Brown v. Oakshot*, 24, Beav. 254 ; les biens produisant les bénéfices furent tenus pour être restés *joint tenancy* ; alors que dans *Jackson v. Jackson*, 9, Ves., 591, ils furent tenus comme simples accessoires du commerce, donc faisant partie du

97. Un bien commun peut, durant l'existence de la partnership, être *converti* en bien séparé et réciproquement. Une convention suffit à cet effet, les créanciers respectifs n'ont pas à être consultés ; la convention doit être respectée même au cas de faillite de la firm (1).

Au cas où l'un des membres d'une partnership gère de son côté un commerce ou entreprise différent de celui de la firm et que les deux entreprises ont des relations d'affaires entre elles, les biens qui, dans la gestion courante des deux entreprises, passent de l'une dans l'autre, le font comme si l'associé était étranger à la firm (2), sauf en cas de fraude prouvée (3).

Le bien séparé qu'un associé, réel ou apparent, fait passer ou laisse passer pour bien commun le devient par application de la doctrine de *holding-out* en cas de faillite (4).

98. En vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 20 du P. A. de 1890, les biens communs ne peuvent être employés qu'à l'objet de l'entreprise sociale et conformément à la convention constitutive.

common stock. Voir aussi *Davis v. Davis* (1894), 1 Ch., 393, et d'autres décisions dans Lindley, 8^e éd., pp. 392-397.

(1) *Ex parte Ruffin*, 6, Ves., 119 ; Lindley, 8^e éd., p. 399.

(2) *Bolton v. Puller*, 1, Bos. et P. 539, *ibid*.

(3) *Re Kemptner*, 8, Eq 286 ; *Ex parte Rowlandson*, 1, Rose, 416 ; *ibid*.

(4) Halsbury, t. XXII, p. 54-55 et les cases cités, note o.

Un jugement pour une dette séparée obtenu contre l'un des associés ne peut être exécuté sur les biens communs, nous avons déjà parlé au numéro 40 de cette règle formulée par l'article 23 (1) du P. A. de 1890, mais la valeur de la part de cet associé peut être attribuée par un *charging order* aux créanciers de celui-ci ; en cas de vente de cette part, les co-associés ont un droit de rachat (1).

Enfin, tous les biens communs, tant personnels que réels, sont considérés en l'absence de clause contraire expresse, tant entre associés qu'à l'égard de leurs héritiers, comme *personal estate* (2).

99. La réglementation de la *partnership property* est un des points sur lesquels l'*Uniform Partnership Act* diffère de son modèle anglais. Le premier y consacre même toute une partie spéciale, la cinquième intitulée : Droits de propriété d'un associé ; qui comprend outre la question traitée dans cette section, c'est-à-dire ses droits de co-propriétaire sur les biens communs pris individuellement, celle aussi qui fera l'objet de la section suivante, c'est-à-dire sa part ou intérêt de l'ensemble de ces biens (3).

(1) Alinéas (1), (2), (3), (4) et (5) de l'article 23 du P. A. de 1890 ; voyez aussi *Order XLVI rule 1A et 1B des Rules of Court* ; Pollock, *Dig.*, pp. 79-81.

(2) Art. 22 du P. A. de 1890.

(3) Art. 24 de l'Unif. P. A.

L'alinéa 1^{er} de l'article 25 de cette loi déclare chaque associé co-propriétaire des biens individuels constituant la *partnership property*, comme *tenant in partnership*. Cette forme de co-propriété est donc distincte des autres et notamment de la *joint tenancy* et de la *tenancy in common* (1).

Puis le long alinéa suivant décrit les *incidents* de cette forme de propriété à plusieurs ; en voici les principaux :

1° Tout associé a, concurremment avec les autres, un droit égal de possession des biens constituant la *partnership property*, mais seulement pour l'objet de l'entreprise sociale.

2° Le droit de propriété de l'associé sur un bien déterminé de la *partnership property* n'est transférable (*assignable*) que conjointement à ceux de tous les autres associés sur le même bien.

3° Un jugement ne pourra être exécuté sur ces biens que si l'action a été intentée contre la *firm* pour une dette sociale.

4° A la mort d'un associé, son droit sur les biens constituant la *partnership property* passe aux associés survivants (2) ; si c'est le dernier associé survivant qui décède, son droit passe à ses héritiers (*legal representa-*

(1) Voyez sur ce point, 1^{re} partie, chapitre IV.

(2) Ceci ne constitue pas un droit de survivance ; la possession seule passe aux associés survivants, voyez n° 53.

tives) sans que le nouvel acquéreur puisse en disposer autrement que pour l'entreprise sociale.

5° Le droit de l'associé sur les biens constituant la *partnership property* n'est pas soumis aux incidents de *dower* et *allowances* aux veuves et autres héritiers (1).

SECTION III. — Part « Share » de l'associé.

100. La part ou intérêt de l'associé est la proportion qui lui revient de l'actif social, c'est-à-dire de la *partnership property* après déduction des dettes et obligations de la firm à l'égard des tiers et après remboursement des indemnités dues aux associés.

Quelle que soit la composition des biens sociaux, cette part est toujours considérée comme *personal property* (2).

Sauf convention contraire, les parts en capital comme en bénéfices sont considérées égales par l'alinéa 1^{er} de l'article 24 du P. A. Comme on l'a dit à propos de la participation aux bénéfices, cette présomption d'éga-

(1) *Allowances* : aliments ; *Dower* : douaire. Voyez sur ce point : Burdick, *On Part.*, p. 112. Quant à la mesure dans laquelle cet article de l'Unif. P. A. modifie l'état du droit antérieur en matière de *partnership property*, voyez pour plus de détails Burdick, *On Part.*, pp. 102-114.

(2) Unif. P. A., art. 26. Voyez cependant Burdick, *On Part.*, p. 107 : la règle contraire domine dans les Etats de l'Union n'ayant pas adopté l'Unif. P. A. En Angleterre, l'*equity* était controversée sur ce point, mais la même solution a été adoptée par l'article 22 du P. A. de 1890.

lité est parfois injuste ; la proposition de les considérer proportionnelles aux apports, bien que paraissant plus équitable, ne résout pas la question, car l'évaluation même approximative des apports est difficile et « il n'est « pas déraisonnable de présumer, en l'absence de convention contraire, que les associés ont convenu de « considérer leurs apports comme d'égale valeur » (1).

Ce n'est d'ailleurs qu'une présomption et dans l'immense majorité des cas, les articles règlent expressément ce point. La preuve de l'inégalité des parts peut même être induite de la conduite des parties, ou des registres de la *partnership*. La présomption d'égalité s'applique même aux *partnerships* conclues pour une seule transaction (*joint adventure*) (2).

101. Chaque associé a un privilège (*lien*) sur la *partnership property* et sur les parts de ses co-associés pour ce qui lui est dû par la firm à titre d'indemnité, ou par ses co-associés pour le paiement des dettes sociales (3) ; on l'appelle parfois *equitable lien* ou *quasi-lien* pour le distinguer du *possessory lien* ou droit de rétention, d'application plus fréquente en *common law* (4).

Ce privilège s'étend sur toute la *partnership property* mais ne va pas au delà ; ainsi il ne porte pas sur les

(1) Lindley, 8^e éd., p. 410.

(2) *Robinson v. Anderson*, 20, Beav. 98, Lindley, 8^e, p. 412.

(3) P. A., 1890, art. 39.

(4) Pollock, *Dig.*, p. 118.

biens restés la propriété de l'un des associés, et dont la partnership n'a que la jouissance, et se perd quant aux biens sociaux convertis en biens séparés. Enfin, il n'y en a pas si la partnership est illégale.

Bien que ce privilège existe théoriquement (1) tant que dure la partnership, il n'a de raison d'être pratique qu'au moment de la dissolution ou même de la liquidation de celle-ci (2).

102. Un associé ne peut *transférer* à un tiers, avec sa part dans la partnership, ses droits d'associé, et c'est encore une conséquence du *delectus personarum*, mais il peut transférer la valeur de cette part, soit en totalité, soit sous forme d'hypothèque (*mortgage*) ou de charge rachetable (3). L'acquéreur (*assignee*) n'acquiert ainsi ni le droit de participer à la gestion, ni celui d'inspecter les registres de la firm, ni même celui d'exiger un compte de la situation de l'entreprise sociale, mais simplement de recevoir la part de bénéfices qui lui est due et à la dissolution sa part correspondante de l'actif social (4).

Une clause expresse contraire peut cependant permettre le transfert absolu et l'introduction d'un nouvel

(1) Pollock, *ibid.*, p. 119.

(2) Lindley, 8^e éd., p. 414.

(3) P. A., 1890, art. 31 (1) et Unif. P. A., art. 27 (1) identique au premier.

(4) P. A., 1890, art. 31 (1) et (2); Unif. P. A., art. 27 (1) et (2).

associé, comme nous l'avons dit au n° 90. En ce cas, il y a, à proprement parler, dissolution de la partnership existante et création d'une nouvelle (1).

Une exception apparente à l'intransmissibilité semble exister en matière de partnerships minières et de navire. En réalité, il y a alors superposition d'une société à une copropriété : la part de propriété dans le navire ou la mine est seule ici transférable et non la qualité d'associé, sauf le consentement expresse ou tacite de tous les associés.

(1) Lindley, 8^e éd., p. 427.

CHAPITRE IV

DISSOLUTION

103. Nous serons particulièrement bref sur ce point du droit de la partnership, car dans leur ensemble les solutions du droit anglais sont en cette matière peu différentes des nôtres, et plus généralement de celles des droits continentaux (1).

Ce chapitre sera divisé en trois sections : la première comprendra l'étude des diverses causes de dissolution, la seconde celle des principales questions soulevées par la dissolution et la troisième la liquidation (*winding-up*).

Avant d'aborder l'étude de la première de ces questions, quelques explications sont nécessaires sur ce que le droit anglais entend par la dissolution opposée à la liquidation (*winding-up*) d'une partnership.

« La dissolution d'une partnership, par opposition à la liquidation de l'entreprise de celle-ci, est un changement dans les rapports des associés, changement causé par la retraite de l'un de ceux-ci (2).

« La partnership ne finit pas à la dissolution, mais

(1) En ce sens : Underhill, pp. 134 et s.

(2) Unif. P. A., art. 29.

« continue jusqu'à la liquidation complète de ses affaires (1). »

Cette distinction existe aussi en droit français ; mais ici ses conséquences sont très réduites, à ce point même que la théorie des sociétés de fait a dû y être créée (2). Le droit anglais peut-être moins logique, mais en tout cas plus pratique, n'en a pas besoin. Pour prendre un exemple, une société (partnership) devenue illégale pour un motif quelconque est en droit anglais comme dans le nôtre dissoute *ipso facto* (3) ; mais elle n'en continue pas moins d'exister aux yeux mêmes du droit, jusqu'à sa liquidation effective ; jusque-là, elle n'est, comme nous l'avons dit au n° 60 *in fine*, qu'*unenforceable* : on ne pourra se prévaloir de son existence dans une action en justice.

SECTION I. — Causes de dissolution (4).

104. *Sans intervention de la Cour*, une partnership est dissoute dans les cas suivants :

I. Conformément à la convention constitutive :

1° Par l'arrivée du terme convenu, ou après la réali-

(1) Unif. P. A., art. 30 ; les deux articles n'ont pas de correspondant dans le P. A. de 1890.

(2) Nous ne pouvons que renvoyer sur ce point au traité déjà cité de M. Hémard.

(3) Underhill, *op. cit.*, p. 38.

(4) La classification adoptée ici comme la plus logique est celle de l'Unif. P. A., art. 31 et 32.

sation de la transaction, si la société a été constituée pour l'exécution d'une transaction déterminée (1).

2° A. la volonté de l'un quelconque des associés, lorsqu'elle a été constituée pour une durée indéfinie, et c'est ce qu'on appelle une *partnership at will*. Cette volonté doit être formulée par une notification aux autres associés (2), notification qui spécifiera la date de la dissolution, sinon ce sera celle de la communication de la notification (3).

3° Par l'expulsion, de bonne foi, d'un associé, lorsque la convention constitutive l'autorise expressément, nous renvoyons sur ce point à nos explications du n° 91.

4° Par la volonté unanime des co-associés, de celui qui a transféré (*assigned*) sa part, ou l'a laissée être chargée (*charged*) de ses dettes séparées (4).

II. Par tout événement rendant illégale la *partnership* soit quant à son objet lui-même, soit quant à son mode de gestion (5). Les principaux cas d'illégalité ont été énumérés aux n° 60 à 62 et 69.

III. Par la mort d'un associé (6). En ce cas, aucune notification n'est exigée, pas même (nous l'avons dit au n° 83) au cas où les survivants continuent l'entre-

(1) P. A. de 1890, art. 32, al. *a* et *b*.

(2) *Ibid.*, al. *c*.

(3) Clause finale du même article.

(4) P. A. de 1890, art. 23 et 33, al. 2.

(5) *Ibid.*, art. 34 ; Cf. *Ind. Contr. Act.*, art. 255.

(6) P. A., 1890, art. 33 (1).

prise pour mettre fin à la responsabilité de l'associé décédé.

La mort d'un associé dissout la partnership, même si celle-ci était conclue pour un terme fixe, non encore expiré ; le tout sauf convention expresse contraire (1).

La date de la dissolution est celle du décès ; si l'associé décédé avait auparavant envoyé une notification, non encore expirée à la date de sa mort, la partnership est quand même dissoute à la date du décès (2).

IV. Par la faillite d'un associé, mais ici encore une clause contraire expresse est admise (1). La partnership est en ce cas dissoute à la date de l'*act of bornkrupcy*, conformément à la rétroactivité (*relation back*) (3). Ici encore, aucune notification n'est exigée pour mettre fin à la responsabilité des biens du failli pour les dettes de la partnership nées après la faillite.

105. *La Cour pourra ordonner la dissolution d'une partnership à la demande d'un des associés dans les cas suivants :*

1° La démence d'un associé ne dissout pas par elle-même une partnership, seule la cour ou le juge *in lunacy* peut dans ce cas prononcer la dissolution (4) et

(1) P. A. 1890, art. 33 (1).

(2) Halsbury, t. XXII, p. 86.

(3) *Ibid.*, p. 87.

(4) P. A. de 1890, art. 33 (a) ; *Lunacy Act* de 1890, art. 108 et 119.

celle-ci ne sera pas rétroactive ; mais comme nous l'avons dit au n° 63, la cour pourra en attendant accorder une *injunction* pour empêcher l'immixtion du dément dans la gestion de l'entreprise (1).

La demande de dissolution peut en ce cas émaner de l'un quelconque des associés, même du dément par son conseil de famille (*comittee in lunacy*) ou un de ses proches.

2° L'impossibilité pour un des associés d'exécuter sa part de la convention constitutive (2). La dissolution pourra en ce cas être demandée en justice par l'un quelconque de ses co-associés.

3° La conduite d'un associé affectant préjudicielle-ment la gestion de l'entreprise sociale permet encore à ses co-associés de demander en justice la dissolution (3).

4° La violation volontaire par l'un des associés de la convention constitutive leur donne le même droit (4).

5° Le fait que l'entreprise sociale ne peut plus être continuée qu'à perte (5).

(1) Pollock, *Dig.*, p. 105 ; pour plus de détails, voyez Lindley, 8^e éd., pp. 650-654.

(2) P. A., 1890, art. 36, al. *b*.

(3) *Ibid.*, al. *c*.

(4) *Ibid.*, al. *d*.

(5) *Ibid.*, al. *e*.

6° D'autres circonstances, rendant aux yeux de la cour cette dissolution juste et équitable (1).

Les cours compétentes pour prononcer dans l'un de ces six cas la dissolution d'une partnership sont les suivantes :

a) La division de *Chancery* de la Haute Cour de Justice (2).

b) Les cours de chancelleries des *Counties Palatine of Lancaster and Durham* quant aux personnes et choses soumises à leurs juridictions respectives (3).

c) Les *county courts* pour la dissolution des partnerships dans lesquelles le total des biens sociaux ne dépasse pas 500 livres sterling (4).

d) Le juge *in lunacy* pour le cas spécial de démence d'un associé (5).

Le droit d'un associé de demander en justice la dissolution peut être limité par une clause d'arbitrage des articles. Les arbitres pourront en ce cas écarter la dissolution (6) et réciproquement la cour pourra arrêter une action en dissolution et s'en remettre à leur décision (7).

(1) *Ibid.*, al. f.

(2) *Judicature Act* de 1873, art. 34 (3).

(3) *Chancery of Lancaster Act* de 1890, art. 3 et P. A. de 1890, art. 23 (2) et (4).

(4) *County Courts Act* de 1888, art. 67 (1).

(5) *Lunacy Act* de 1890, art. 119.

(6) *Walmsley v. White* (1892), 40, W. R., 675, C. A.

(7) *Arbitration Act* de 1889, art. 4.

106. Un *cas controversé* est celui où une femme associée dans une partnership se marie subséquemment. Avant le *Married Women Property Act* de 1882, ce cas était une cause de dissolution d'une partnership (1). Depuis cette loi et surtout depuis son amendement de 1893, bien que la question n'y soit pas expressément tranchée, il est difficile de le soutenir, puisque la femme mariée est maintenant pleinement capable, et ceci est confirmé par le silence du P. A. de 1890. Mais, étant données les limites de cette capacité (2), cet événement, le mariage d'une associée, sera souvent une cause juste et équitable de dissolution judiciaire, conformément à l'article 35 (f) du P. A. de 1890 (3).

SECTION II. — Effet de la dissolution.

107. « Sauf dans la mesure où cela peut être nécessaire à la liquidation de la partnership et pour compléter les transactions commencées mais non achevées, la dissolution met fin aux pouvoirs de tout associé d'agir au nom de sa firm (4). »

(1) Cf. cependant en sens contraire, *Asworth v. Outram* (1877), 5 Ch., 923.

(2) Voyez sur ce point ce qui a été dit au n° 65.

(3) En ce sens : Pollock, *Dig.*, p. 101, note (f) ; Underhill, *op. cit.*, p. 139.

(4) Unif. P. A., art. 33 *principium*. Cf. la disposition analogue mais inversée du P. A. de 1890, art. 38.

Mais ce pouvoir réduit n'est pas accordé à l'associé failli. Il peut de plus être écarté par la cour, qui alors désignera un *manager* : gérant, en plus d'un *receiver* : séquestre (1). Le premier qui n'entre généralement en fonction qu'à partir de telle date déterminée, devient alors personnellement responsable des contrats passés par lui ; mais il pourra s'en faire indemniser sur les biens de la partnership (2).

Quant à la responsabilité des associés à l'égard des tiers, elle ne cesse, au cas de dissolution sans intervention de la justice qu'envers ceux qui ont eu connaissance de cette dissolution soit par insertion dans la *Gazette*, soit par notification individuelle (3) ; tout associé a le droit d'effectuer ces mesures de publicité et même d'exiger le concours de ses co-associés, pour le cas où il serait nécessaire (4).

108. Une question délicate qui se pose en matière de dissolution et que nous avons déjà signalée au n° 68 est la restitution du *premium* : somme d'argent forfaitaire remise par un associé pour son admission à celui qui était déjà engagé dans une entreprise. Nous avons

(1) *Fini v. Roncoroni* (1892), 1 Ch., 633, cité par Underhill, p. 143.

(2) *Owen v. Crenk* (1895), 1, Q. B., 271 ; *Burten v. Bull* (1895), 1, Q. B. 276 ; *Strapp v. Bull* (1895), 2 Ch., 1, cités *ibid.*

(3) Voyez sur ce point n° 83 et P. A., 1890, art. 36 et 37.

(4) P. A., 1890, art. 37.

dit que la *consideration* de l'engagement de payer une telle somme était non seulement la constitution de la partnership, mais aussi sa continuation pendant le terme convenu. Si la partnership est dissoute avant ce terme, le *premium* ou une partie de celui-ci sera-t-il restituable ? En éliminant le cas particulier où des manœuvres frauduleuses ont été employées en ce but (1), il faut observer que la société étant effectivement créée, il n'y a pas ici absence totale de *consideration* et que d'autre part celui qui s'associe est supposé avoir envisagé et accepté le risque de dissolution, avant le terme fixé, par la mort (2). D'où la règle générale formulée par l'article 40 du P. A. :

« En cas de dissolution anticipée de la partnership, autrement que par la mort d'un associé, la cour pourra ordonner la restitution du *premium*, ou d'une partie de celui-ci selon qu'elle le jugera équitable, en tenant compte des termes de la convention et de la durée écoulée, sauf :

« a) Si la dissolution est, de l'avis de la cour, entièrement due à la conduite de l'associé qui a payé le *premium*, ou :

« b) Si la société a été dissoute par une convention ne contenant pas de clause relative à cette restitution. »

(1) Voyez sur ce point : Lindley, 3^e éd., pp. 71-76.

(2) *Ferns v. Carr*, 28 Ch., D. 409 ; Underhill, p. 142.

Ce texte qui laisse comme on le voit une grande liberté à la Cour, est précisé par des décisions antérieures. Ainsi la Cour ordonnera généralement la restitution d'une part du *primum*, proportionnelle au temps non expiré du terme convenu (1).

Quand les articles contiennent la clause d'arbitrage, qui est presque de style, les arbitres peuvent à la dissolution ordonner la restitution du *premium*, ou d'une partie de celui-ci (2).

109. On ne trouve pas dans la loi de 1890 ni dans l'Uniform P. A. de dispositions relatives au *goodwill* (3), probablement parce que les règles de droit applicables à celui-ci dépassent le domaine de la *partnership*. Il faut donc rechercher celles-ci dans les décisions judiciaires constituant la *common law*. Nous en donnons un résumé d'après le *Digest* de Sir Frederic Pollock, qui

(1) *Atwood v. Maude* (1868), L. R., 3 Ch., 369 ; Pollock, *Dig.*, p. 430.

(2) *Belfied v. Bourne* (1894), 1 Ch., 524 ; 63, L. J., Ch. 404 ; cité *ibid.*

(3) Ce terme est encore un de ceux qui sont intraduisibles ; il est bien plus large que le nôtre de *clientèle* ; voyez Stevens, *op. cit.*, pp. 344-345 où il est traduit par *achalandage*.

Il est également indéfinissable même en anglais : voyez Pollock, *Dig.*, 123-124 : « *It is well understood in business, but not easy to define* » et la note (7), *ibid.* C'est donc encore un exemple de terme intuitif ou *avocat*.

a, comme on l'a dit, servi de modèle au Partnership Act de 1890 (1).

A la dissolution d'une partnership, chaque associé a le droit en l'absence de clause contraire de faire vendre le *goodwill* de l'entreprise pour le bénéfice commun de tous les associés. Celui-ci est donc, y compris la raison sociale, partie des biens sociaux (2).

A sa vente [et sauf clause contraire, son acheteur acquiert le droit exclusif de se faire passer pour successeur de l'entreprise du vendeur ; ce dernier peut en constituer une similaire concurremment avec l'acheteur, mais sous un autre nom ; il peut même le porter à la connaissance du public mais sans briguer (*canvass*) les clients de l'ancienne firm (3).

La vente emporte le droit exclusif à l'usage de la raison sociale de l'ancienne firm, mais seulement dans la mesure où cela n'entraîne pas la responsabilité du vendeur. L'acheteur de tous les biens sociaux sans restriction expresse acquiert le *goodwill* et les droits qui y sont inhérents (4).

Le *goodwill* ne survit pas, bien que cela ait été jugé autrefois, c'est-à-dire qu'en l'absence de convention

(1) Pollock, *Dig.*, p. 121.

(2) Lindley, 8^e éd., p. 512.

(3) *Trego v. Hunt* (1896), A. C., 7 ; 65, L. J. Ch., 1 et *Curl Bros v. Webster* (1904), 1 Ch., 695 ; 73, L. J. Ch., 540.

(4) *Jennings v. Jennings* (1898), 1 Ch., 378 déjà cité.

expresse à la mort d'un associé, les associés survivants n'en conservent pas le bénéfice exclusif (1).

SECTION III. — Liquidation.

110. La liquidation (*winding up*) comprend la terminaison des affaires de la partnership, c'est-à-dire de ses transactions commencées mais non encore achevées à la date de sa dissolution ; elle comprend aussi la réalisation des biens sociaux et la distribution de leur valeur entre créanciers et associés, car cette opération est chronologiquement la dernière de toutes.

Quant au premier de ces deux objets, nous avons vu (2) que le pouvoir des associés d'engager la firm est prolongé après la dissolution (mais seulement dans la mesure où cela est nécessaire à la terminaison de ces transactions commencées) ou remplacé par ceux d'un gérant *ad hoc* (*manager*) nommé par la Cour avec les mêmes limites.

Ce point constitue encore une différence entre l'Uniform P. A. et son modèle anglais ; le dernier se borne, dans son article 38, à mentionner la prolongation des pouvoirs des associés dans la mesure où cela est nécessaire à la terminaison des transactions commencées (3)

(1) *Re David and Matthews* (1899), 1 Ch., 378.

(2) Voyez sur ce point, n° 107.

(3) Cf. *Ind. Contr. Act*, art. 263, sensiblement équivalent.

et le résultat de ce laconisme est une divergence assez marquée dans les décisions (1). Le courant actuel de celles-ci semble vouloir restreindre ce pouvoir.

L'article 35 correspondant de l'Uniform P. A. est beaucoup plus détaillé sur ce point. Nous ne pouvons malheureusement ni le reproduire, car il est trop long, ni le résumer, car il ne s'y prête pas ; la question d'ailleurs est de peu d'importance théorique (2).

111. Quant à la réalisation des biens sociaux, la règle est la suivante : « A la dissolution d'une partnership, « tous les biens lui appartenant doivent être vendus, « et le produit de leur vente, après paiement des « dettes sociales, partagé entre les associés (3). »

La loi de 1890 n'ordonne pas expressément ces réalisations des biens sociaux, mais la sous-entend dans son article 39 dont nous avons déjà parlé au n° 101, c'est ce texte qui établit le privilège (*lien*) de tout associé sur les biens sociaux, privilège qui existe à l'état flottant pendant toute la durée de la partnership (4) et qui se fixe à la dissolution sur les biens constituant la partnership property à cette date.

(1) Pollock, *Dig.*, pp. 112-115 avec les *illustrations* qu'il y cite ; voyez aussi Lindley, 8^e éd., pp. 262 et s. et p. 406.

(2) Voyez sur ce point : Burdick, *On Part.*, pp. 235 à 240.

(3) *Darby v. Darby* (1856), 61, E. R., 995 ; 106, R. R., 413 ; Pollock, *Dig.*, p. 117-118.

(4) Underhill, *op. cit.*, p. 147.

Une fois la réalisation des biens sociaux effectuée, et avant la distribution, il faudra établir un compte général ou bilan (*account*) ordinairement basé sur le dernier bilan établi par les associés, sauf fraude ou erreur prouvée.

La répartition de l'actif social est régie par l'article 44, alinéa *b* du P. A. de 1890, copié presque textuellement d'après Lindley, 5^e éd., p. 402 (1) :

« L'actif social, y compris les contributions des associés au cas de déficit, sera réparti de la manière et dans l'ordre suivant :

« En premier lieu, au paiement des dettes envers les non-associés.

« En deuxième lieu, au paiement des avances faites par les associés au delà de leur part de capital.

« En troisième lieu, au paiement à chaque associé de sa part du capital social.

« Le restant, s'il y en a, sera partagé entre associés dans la même proportion que les bénéfices. »

Le privilège des tiers n'est pas atteint, comme on l'a dit au n° 13, par le fait qu'un ou plusieurs associés est dispensé de contribuer aux pertes (2).

(1) Pollock, *Dig.*, p. 143, note (u).

(2) Pour plus de détails sur la liquidation (*Winding up*), voyez Lindley, 8^e éd., pp. 672-692.

CHAPITRE V

LIMITED PARTNERSHIPS

SECTION I. — Histoire et Généralités.

112. La *limited partnership* introduite en droit anglais par le *Limited Partnership Act* de 1907, correspond à notre société en commandite simple, car elle se compose essentiellement :

1° D'au moins un *general partner* dont la responsabilité est illimitée comme celle des membres d'une *partnership* ordinaire et correspondant par conséquent aux commandités de notre société en commandite simple ;

2° D'au moins un *limited partner* dont la responsabilité est limitée au montant de son apport, comme celle des commanditaires de notre commandite simple ; le droit de participer à la gestion de la *partnership* étant réservé aux seuls *general partners*, comme c'est encore le cas pour nos commandités.

Avant d'aborder l'étude de cette nouvelle forme de *partnership*, il faut dire quelques mots sur son histoire pour expliquer son admission si tardive en droit anglais (1), car la règle traditionnelle de la *common law*,

(1) Pour une histoire comparative de la commandite, voyez

selon laquelle on ne peut réduire la responsabilité illimitée du partner pour toutes les dettes de la firm (1), malgré les assauts répétés qu'elle eut à subir, est restée intacte (2) jusqu'en 1907.

113. Les deux principales objections apportées en Angleterre à l'introduction du principe de la commandite et qui firent échouer les diverses tentatives que nous allons énumérer étaient les suivantes :

1° Que la limited partnership tombait sous l'interdiction des *Usury Laws* limitant le taux de l'intérêt, et

2° Qu'elle encourageait, par la diminution des risques, une spéculation immodérée (3).

L'abrogation des lois sur l'usure a depuis longtemps fait justice de la première objection. Quant à la seconde, elle était soutenable jusqu'aux *Companies Acts* ; et c'est probablement ce qui fit échouer une première (4) ten-

Lindley, 8^e éd., pp. 882-883 et les renvois ; notamment Pollock, *Essays on Jurisprudence and Ethics* (1882), pp. 100 et suiv. ; voyez aussi *American and English Encycl.*, t. IX, pp. 338 et suiv.

(1) *Coope v. Eyre* (1788), 1. H. Bl. 37 ; Lindley, *ibid.* *Adde*, n° 19 *in fine*.

(2) Voyez toutefois ce qui a été dit au n° 20.

(3) Lindley, 8^e éd., *ibid.*

(4) Pour l'exactitude historique, il faut mentionner ici le statut 21 et 22 Geo 3, c. 46 voté par le Parlement irlandais en 1780 et intitulé *The Anonymous Partnership Act*, qui ne fut probablement que très peu appliqué, car le Comp. Act de 1862 l'abroge.

tative d'introduction de la limited partnership en 1851 ; une commission chargée d'étudier la question déposa la même année un rapport ambigu et les choses en restèrent là (1).

Le *Companies Act* de 1862 détruit la deuxième objection de plus haut, car elle encourage bien plus la spéculation que la limited partnership, dans laquelle la présence d'au moins un *general partner* est exigée. Aussi une nouvelle tentative fut-elle faite pour l'introduction de celle-ci ; nous voulons parler de l'interprétation que les *business men* tentèrent de donner au *Bovill's Act* de 1865, interprétation dont nous avons parlé au n° 19 et qui fut vite réfutée par les cours.

L'idée fut reprise par Sir Frederic Pollock en 1879, comme nous l'avons dit dans notre introduction au n° 6, et n'eut pas plus de succès, puisque le Partnership Act de 1890, résultant de ce projet, l'ignore ; et les choses restèrent là jusqu'en 1907.

Il faut, il est vrai, ajouter que si le *Companies Act* de 1862 avait supprimé la dernière objection subsistant contre l'introduction de la limited partnership, il avait d'autre part rendu cette introduction moins pressante par la création de la *private company* (2). Celle-ci est

(1) Lindley, 8^e éd., *ibid.*

(2) A proprement parler, le *Companies Act* de 1862 n'a pas expressément prévu la *private company*. Voyez sur ce point ; Droquets, thèse citée, p. 24 et suiv.

une *limited company* conforme pour obtenir l'incorporation à la lettre de la loi de 1862 qui exige un minimum de 7 actionnaires, mais où l'immense majorité des actions est détenue par un seul ou deux de ces actionnaires. La légalité de ces *private companies*, un moment mise en doute par le *case Broderip v. Salomon* de 1894, fut définitivement affirmée deux ans plus tard dans *Salomon v. Salomon* réformant la décision antérieure (1) et depuis lors la *private company* prit un développement si grand qu'elle fit l'objet d'une loi spéciale, le Comp. Act de 1907, incorporée dans le Comp. (Cons.) Act de 1908 avec quelques modifications.

114. Il semble donc que l'inutilité de la création d'un nouveau type de société, intermédiaire entre la *partnership* ordinaire et la *company*, était parfaitement soutenable en Angleterre, et ceci est confirmé par le peu d'application qu'a reçu jusqu'ici le Limited Partnership Act de 1907 (2).

La *limited partnership* de la loi de 1907 a cependant sur la *limited company*, même privée, les avantages suivants :

1° La dépense, les frais de constitution d'une *limited*

(1) Voyez sur ce point n° 24 et les notes, *ibid.*

(2) Pollock, *Dig.*, p. 213 ; d'autant plus qu'une combinaison analogue de responsabilité limitée et illimitée pouvait s'obtenir en utilisant les dispositions de l'article 60 du C. A. de 1908 ; voyez Lindley, 8^e éd., p. 885.

partnership, sont bien plus réduits que ceux d'une *limited company* même privée, ce qui peut constituer un avantage sérieux pour le cas d'une entreprise réduite.

2° Il en est de même de la publicité, celle exigée par le Limited Partnership Act de 1907 est plus réduite que celle imposée aux companies, même privées.

3° Un remboursement ou diminution du capital souscrit n'est pas admise en général par les Comp. Acts, même pour les *private companies*, elle est possible au contraire au cas de limited partnership (1).

Il est donc à prévoir que dans un avenir rapproché, cette nouvelle forme de société recevra en Angleterre l'approbation de la pratique, car « il n'y a aucune « raison pour que la commandite, pratiquée dans tous « les autres pays et spécialement aux Etats-Unis d'Amé- « rique, régis par la *common law* anglaise comme le « Royaume-Uni, ne le soit pas également dans ce der- « nier pays » (2).

115. Nous diviserons l'étude de la loi de 1907 en deux sections : dans la première nous nous occuperons de l'enregistrement, formalité essentielle à la constitution d'une limited partnership et qui n'existe pas en matière de partnership ordinaire (3), puis dans la dernière section nous grouperons les diverses autres modifica-

(1) Lindley, 8^e éd., p. 886.

(2) Pollock, *Dig.*, p. 213.

(3) Voyez n° 56.

tions du droit commun de la partnership, car « le P. A. de 1890 et les règles de la *common law* et de l'*equity* que cette loi n'a pas abrogées sont applicables aux limited partnerships, dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de la présente loi » (1).

SECTION II. — Enregistrement.

115. Toute limited partnership doit être enregistrée conformément aux dispositions des articles 8, 9 et 10 du Limited P. A. de 1907 ; au cas où cet enregistrement n'a pas été effectué, la société sera considérée comme une partnership ordinaire, partant les *limited partners* responsables sur tous leurs biens (2) ; de plus chaque *general partner* sera passible d'une amende n'excédant pas une livre sterling par jour, tant qu'il n'aura pas été exécuté (3).

116. — L'enregistrement consiste en l'expédition (par poste) ou en la remise au *registrar* de l'office d'enregistrement compétent, d'un état écrit (*statement*) signé par tous les associés et contenant (4) :

1° La raison sociale de la société (5) ;

(1) L. P. A. de 1907, art. 7.

(2) *Ibid.*, art. 3.

(3) *Ibid.*, art. 9 (2).

(4) L. P. A. de 1907, art. 8.

(5) Il est douteux que le nom d'un *limited partner* puisse être inséré dans cette raison sociale : v. Lindley, 8^e éd., p. 892. De plus,

- 2° La nature de son entreprise ;
- 3° Son siège principal ;
- 4° Le nom complet de tous les associés ;
- 5° Le terme pour lequel la société a été constituée et la date de son commencement ;
- 6° Une clause expresse établissant que la partnership est limited et l'indication des *limited partners* ;
- 7° La somme souscrite, ou plus exactement contribué (1), par chacun de ceux-ci, avec la spécification si elle est en espèce ou en nature.

Toutes ces indications seront passées dans un registre spécial, puis le registrar expédiera par la poste un certificat d'enregistrement à la firm (2). Ce certificat ou une copie de celui-ci, certifié conforme par le *registrar* ou un de ses assistants, fera preuve de l'enregistrement dans toutes procédures civiles et pénales (3).

Toute personne peut de plus consulter le registre d'enregistrement des *limited partnerships* ou obtenir une copie du certificat d'enregistrement ou un extrait

il faut remarquer que la loi de 1907 n'exige pas qu'elle indique que la partnership est limited : v. Pollock, *Dig.*, p. 214, note *e*.

(1) Le projet spécifiait : contribué ou qu'il s'engage à contribuer ; la suppression du dernier membre de phrase semble impliquer le paiement intégral à la constitution, ce qui serait un désavantage de la limited partnership, par rapport aux *private companies*. Pollock, p. 216.

(2) L. P. A. de 1907, art. 13.

(3) *Ibid.*, art. 16 (2) ; pour un formulaire de certificat d'enregistrement, voyez Pollock, *Dig.*, p. 233.

de celui-ci, le tout contre paiement des taxes prescrites (1).

117. Après la constitution de la *limited partnership*, un état semblable doit, dans un délai de sept jours, être envoyé au *registrar* après toute modification de la *limited partnership* concernant : sa raison sociale, la nature ou le siège principal de son entreprise, les associés ou leurs noms, le terme de la société, la somme contribué par un *limited partner*, ou le fait qu'un de ces derniers est devenu *general partner* ou inversement (2). De plus, toute convention par laquelle un *general partner* devient *limited partner*, ou par laquelle un *limited partner* transfère sa part ou intérêt dans la firm, pour être opposable aux tiers (3), devra être publiée dans la *Gazette* (la *London Gazette* pour l'Angleterre, l'*Edimbourg Gazette* pour l'Ecosse et la *Dublin Gazette* pour l'Irlande).

118. Quant au *registrar* et à l'office compétent pour l'enregistrement d'un *limited partnership*, ce sont les

(1) L. P. A. de 1907, art. 16, al. 1 ; *Adde*, n° 118, *infra*.

(2) L. P. A. de 1907, art. 9, al. 1 ; même amende d'une livre sterling par jour de retard pour chaque *general partner* ; *ibid.*, al. 2.

(3) *Ibid.*, art. 10. Le défaut de publication n'annule pas ces conventions, entre parties ; l'une d'elles pourra donc forcer l'autre à concourir à la publication conf. à l'article 37 du P. A. de 1890 ; Pollock, *Dig.*, p. 223.

mêmes que ceux compétents en matière de *joint stock companies* : celui de Londres pour l'Angleterre proprement dite, d'Edimbourg pour l'Ecosse et de Dublin pour l'Irlande, selon le lieu où est gérée l'entreprise de la société (1).

Les taxes perçues à l'enregistrement, consultation des registres, etc., sont déterminées par les articles 16 (1) et 17 du L. P. A. de 1907 et par l'article 3 des *Limited Partnerships Rules* de 1907. Ils sont de 2 livres st. pour l'enregistrement original, de 5 shillings pour les modifications subséquentes, d'un shilling pour toute consultation du registre, de 2 shillings pour tout certificat et de 6 pences pour chaque folio de copie certifiée (2). De plus, une taxe proportionnelle de 5 shillings par 100 livres st. est due pour l'état fixant la contribution d'un *limited partner*, ou augmentant cette contribution (3).

Un registre spécial aux *limited partnerships* et un index correspondant doit être tenu dans chacun des trois offices d'enregistrement des *companies* (4).

Toute personne, élaborant, signant, expédiant ou remettant sciemment un acte faux, pour l'enregistrement d'une *limited partnership*, commet un délit (*misdemeanor*) passible d'emprisonnement avec *hard*

(1) L. P. A. de 1907, art. 15.

(2) Pour chaque 200 mots en Ecosse ; L.P. Rules de 1907, art. 31.

(3) L. P. A. de 1907, art. 11.

(4) *Ibid.*, art. 14.

labour (travaux forcés) ne pouvant excéder la durée de deux années (1).

119. Comme nous l'avons dit au n° 27, il ne faut pas confondre l'enregistrement et l'incorporation, le premier ne conférant pas toujours la personnalité juridique. C'est justement le cas pour la *limited partnership*, qui n'est, pas plus que la *partnership* ordinaire, une *legal person*. Le L. P. A. de 1907 ne le dit pas expressément, mais à cause de ce silence même, l'article 4 du P. A. de 1890 reste applicable aux *limited partnerships*. (En Ecosse, conformément à l'alinéa 2 de ce dernier texte, la *limited partnership* comme toute *partnership* est une personne juridique.)

L'enregistrement n'est ici qu'un moyen de contrôle (justifié par la faveur de la responsabilité limitée) par le *registrar* que la *limited partnership* est légalement constituée ; et comme en matière de *companies*, l'enregistrement purge toute illégalité de cette constitution, c'est ce qui explique la peine sévère infligée par l'article 12 du L. P. A. que nous avons mentionnée à la fin du numéro précédent.

SECTION III. — Modifications du droit commun de la *partnership* (2).

120. Il n'y a rien à ajouter quant à la *constitution*

(1) L. P. A. de 1907, art. 12.

(2) Nous indiquerons ces modifications dans l'ordre que nous avons suivi dans les quatre précédents chapitres.

d'une *limited partnership* à ce que nous avons dit en matière de *partnership* ordinaire, en dehors bien entendu de ce que nous venons de dire sur l'enregistrement. Les conditions de fond sont également les mêmes quant à la limite maximum du nombre des membres (1), quant à la capacité (2), etc...

121. En ce qui concerne les *rapports des associés avec les tiers*, les modifications sont par contre nombreuses et importantes.

1° Quant aux pouvoirs des associés d'engager la firm, tout ce que nous dit au chapitre II, sect. 1 de cette partie, s'applique également aux *limited partnerships*, mais seulement aux *general partners*, les *limited partners* n'ayant au contraire aucun pouvoir (3), comme ce serait le cas pour un *dormant partner*, dans une *partnership* ordinaire.

2° Quant à la responsabilité des associés, elle est la même encore pour les *general partners*, sauf qu'en ce qui concerne sa durée il faut tenir compte de ce qu'un de ceux-ci peut durant l'existence de la société devenir un *limited partner* (4). Celle des *limited partners* est par contre, quant à son étendue, strictement limitée au

(1) L. P. A. de 1907, art. 4, al. 2.

(2) L'alinéa 4 du même article le dit expressément pour une corporation.

(3) *Ibid.*, art. 6, al. 1.

(4) L. P. A. de 1907, art. 9 (1) et voyez *suprà*, n° 117.

montant de leur apport (1) qui ne peut être retiré en partie tant que dure la *limited partnership* (2). Il n'en est cependant ainsi que si les formalités d'enregistrement ont été effectuées, et si les *limited partners* ne participent pas à la gestion de la société. Au cas contraire, leur responsabilité devient illimitée (3).

3° Il n'y a par contre rien à ajouter aux règles de la doctrine de *holding out*, exposées plus haut aux n^{os} 84 à 86.

122. Les rapports des associés entre eux subissent également des modifications importantes en matière de *limited partnership*.

Ce que nous avons dit plus haut au Chapitre III s'applique en bloc, mais seulement aux *general partners*.

Les *limited partners*, au contraire, n'ont pas le droit de participer à la gestion de l'entreprise, si ce n'est de consulter personnellement, ou par un représentant (*agent*), les registres de la société et se consulter avec ses associés sur l'état de l'entreprise sociale (4). Les *limited partners* n'ont pas à être consultés quant à l'admission de nouveaux associés (5).

(1) L. P. A. de 1907, art. 4, al. 2.

(2) *Ibid.*, al. 3. Même si le montant de l'apport est diminué, l'étendue de la responsabilité d'un *limited partner* ne l'est pas.

(3) L. P. A. de 1907, art. 6 (1) et art. 5.

(4) *Ibid.*, art. 6 (1).

(5) *Ibid.*, art. 6 (5) (*d*).

Par contre, ils peuvent transférer (*assign*) leurs parts et l'acquéreur devient ainsi *limited partner* avec tous les droits de son ayant cause (1).

Toutes ces modifications des rapports des associés entre eux dans une *limited partnership* sont des règles légales interprétatives ; sur tous ces points, les associés peuvent en disposer autrement par convention et celle-ci peut être expresse ou tacite (2).

123. En matière de dissolution, le droit commun de la *partnership* est aussi profondément modifié quant à son application aux *limited partnerships*.

Les causes de dissolution restent les mêmes, mais seulement en ce qui concerne les *general partners*. La société ne sera donc pas dissoute par la mort ou la faillite d'un *limited partner*, et la démence d'un de ceux-ci ne sera un juste motif de demande d'une dissolution judiciaire que si la part du dément ne peut être autrement déterminée et réalisée (3). Un *limited partner* ne peut pas, si la société est sans terme (*at will*), la dissoudre par simple notification, mais l'insertion d'un terme étant exigée à l'enregistrement, ce cas ne peut se présenter que si à l'expiration de ce terme la *partnership* est tacitement continuée (4).

(1) L. P. A. de 1907, art. 6 (5) (b).

(2) *Ibid.*, art. 6, al. 5.

(3) *Ibid.*, art. 6 (2).

(4) *Ibid.*, art. 6 (5) (e) et Pollock, *Dig.*, p. 220.

Enfin, réciproquement, les *general partners* n'ont pas le droit de dissoudre la partnership, parce qu'un des *limited partners* a laissé sa part ou intérêt être *charged*, affectée au paiement de ses dettes séparées (1).

La liquidation d'une *limited partnership* sera faite, sauf intervention de la justice, par les *general partners*, conformément aux règles légales de liquidation des *partnerships ordinaires*, les *limited partners* étant à ce point de vue traités comme les *dormant partners* (2).

En cas de liquidation judiciaire par contre, la Cour se conformera au *Comp. (Cons) Act* de 1908, articles 267 et suivants, et au *Comp. (Winding-up) Rules* de 1909, article 273, en tenant compte des modifications apportées quant à l'application de ces textes aux *limited partnerships*, par les *Limited Partnership (Winding-up) Rules* de 1909 (3).

En résumé :

Les cours compétentes sont les mêmes que celles mentionnées au n° 405, compétentes en matière de *partnerships ordinaires*, c'est-à-dire : la Haute Cour de Justice, les cours de Chancellerie des *Counties Palatine of Lancaster and Durham* et les *County Courts* respectives (4).

(1) L. P. A. de 1907, art. 6 (5) (c).

(2) *Ibid.*, art. 6 (3) et Halsbury, t. XXII, p. 112.

(3) Pour le texte de celles-ci voyez Pollock, *Dig.*, pp. 235-44.

(4) L. P. (W. U.) Rules de 1907, art. 7.

Les motifs ou causes de liquidation judiciaire sont les mêmes qu'en matière d'*unregistered company*, c'est-à-dire la dissolution, la fin de l'entreprise, son incapacité de paiement de ses dettes, ou son illégalité (1), ou enfin lorsque la Cour jugé cette liquidation juste et équitable (2).

Les *general partners* individuellement ou réunis au nom de la firm peuvent présenter une demande de liquidation et il en est de même des créanciers et même des *limited partners* (3).

(1) Halsbury, t. XXII, p. 414-415.

(2) *Ibid.* et *Re Hughes and Co* (1911), 1 Ch., 342; 80, L. J. Ch., 262.

(3) Halsbury, *ibid.*, p. 115.

APPENDICE

L'UNIFICATION DU DROIT DE LA PARTNERSHIP

DANS LE MONDE ANGLO-SAXON.

124. Un des traits caractéristiques du droit anglais (au sens large, c'est-à-dire anglo-saxon) est son manque d'unité (1).

Il faut en premier lieu distinguer le droit des Etats-Unis de l'Amérique de celui de l'empire anglais. Puis le premier se subdivise à son tour en autant de branches qu'il y a d'Etats, chacun de ceux-ci ayant le pouvoir de légiférer en matière civile pour son propre compte (2) et le dernier en droit anglais proprement dit, en droit écossais et en droit des diverses colonies (3).

A ce point de vue, le droit actuel de la partnership se distingue de la plupart des autres branches du droit anglais, par une unité presque complètement achevée, due essentiellement aux codifications, soit générales, soit spéciales à notre institution, adoptées successive-

(1) H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

(2) Sur la Louisiane qui a conservé son droit d'origine française, voyez ce qui a été dit au n° 7 de notre introduction.

(3) De celles-ci il faut excepter l'Égypte, dont le droit est également d'origine française ; voyez sur ce point n° 87.

ment par ces divers pays et très semblables les unes aux autres parce que les plus anciennes ont successivement servi de modèle aux plus récentes.

125. La première de celles-ci est l'*Indian Contract Act* de 1872, trop connu pour avoir besoin d'en parler ici, si ce n'est pour dire qu'un chapitre en régit notre institution. La réglementation de la partnership par ce code, en vérité très résumée, est une remarquable consolidation synthétique des règles de la *common law* anglaise. Nous avons cité quelques-uns de ces articles, tous équivalents sinon identiques à ceux correspondants du Partnership Act de 1890 (1).

La deuxième codification de ce genre est ce Partnership Act de 1890 dont nous avons suffisamment parlé et sur lequel nous ne reviendrons que pour répéter qu'il est indirectement du moins un développement du premier (2). Il est de plus applicable tant à l'Angleterre proprement dite qu'à l'Ecosse (3) dont les autres branches de droit sont pour la plupart nettement distinctes des anglaises correspondantes. Les différences

(1) Voyez notamment les numéros : 9, note (2), 79, 82, *in fine*, 83, note (2), 84, note (2), 90, note (1), 104, note (5).

(2) Voyez n° 6 (2) de notre introduction.

(3) Pour qu'une loi votée par le Parlement anglais ne soit pas applicable à l'Ecosse, il faut une clause expresse contraire qu'on ne retrouve pas dans le P. A. de 1890 (*Addé* : art. 4, 9, 20 (2), 23 (5), 35, 36 et 47 (1), la plupart déjà cités aux numéros de la note suivante).

en matière de partnership sont, comme on l'a vu, peu nombreuses et réserve faite pour la personnalité juridique, de peu d'importance (1).

126. Aux Etats-Unis d'Amérique, l'unification du droit de la partnership est par contre récente, elle n'est même pas encore achevée. Jusqu'en 1915, comme pour toutes les autres branches du droit privé, chaque Etat avait, on peut le dire, un droit propre de la partnership ; ces droits (exception toujours faite pour la Louisiane) soit coutumiers, soit consolidés par des codifications générales (2), ou des lois spéciales à notre institution, sont tous bien entendu très rapprochés les uns des autres, puisqu'ils sont tous des produits de la *common law* ; mais des différences importantes subsistaient notamment en matière de capacité et de preuve (3) et surtout parce que la nouvelle règle établie par la décision *Cox v. Hickmann* n'y a pas été unanimement adoptée (4).

Ce manque d'unité était particulièrement gênant en matière de partnership, car avec le progrès moderne des communications, une société, même de personnes, étend le plus souvent le champ de son entreprise à bien

(1) Voyez les n^{os} 30, 37, 40 et 82.

(2) Ainsi les Etats de New-York, de Californie, de Géorgie, etc..., ont leur Code civil, cf. *Amer. Engl. Encycl.*, t. XXII, p. 13.

(3) Voyez sur ce point, n^o 59, *suprà*.

(4) Voyez n^o 10, *in fine*.

plus d'un Etat. Il était donc naturel que le mouvement d'unification de tout le droit privé des Etats de l'Union s'attaque en premier lieu à notre institution. Si l'unification du droit de celle-ci n'a pas commencé à être réalisée plus tôt, c'est qu'une codification de la *partnership* avait ses détracteurs, qui redoutaient (ce qui s'est d'ailleurs réalisé par la suite), que cette codification trop timide ne soit qu'une unification du droit des divers Etats, consolidant les règles essentielles de la *common law* et notamment la non-personnalité juridique de la *firm* (1). Dans cette opinion, il fallait non seulement codifier pour unifier *territorialement*, mais aussi *techniquement* le droit de la *partnership*, ce composé d'éléments disparates (2). Le moment n'était pas encore arrivé pour ce deuxième but ; il fallait attendre, avant de codifier, qu'une jurisprudence hardie « renonce à la non-personnalité juridique de la *firm*, vraie il y a 200 ans, mais qui n'est plus aujourd'hui qu'une survivance historique (3) ».

Les nécessités pratiques de l'unification l'ont cependant emporté. En 1915, un projet de loi uniforme sur la *partnership*, l'*Uniform Partnership Act*, approuvé par une conférence des *Commissionners of Uniforme State*

(1) En ce sens : Cowles, *Central Law Journal*, t. 57, p. 248 dont on trouvera un compte-rendu dans *XVII Harvard Law Rev.*, p. 207.

(2) Voir sur ce point : Burdick, *On Part.*, pp. 2 et 3.

(3) Cowles, *ibid.*

Laws, fut aussitôt adopté par quelques législations d'Etat : par celles d'Alabama, Maryland, Pennsylvania et Wisconsin (1).

Un an après, quatre autres Etats y adhéraient également : ceux de Tennessee, Wyoming, Alaska et Michigan ; en même temps un projet analogue est rédigé sur les *limited partnerships* et aussitôt adopté en Alaska, puis au Minnesota et Tennessee. Enfin, deux ans plus tard, trois nouveaux Etats adoptaient les deux lois uniformes : l'Idaho New-Jersey et New-York (2).

Plus d'un quart des Etats de l'Union avait donc dès la fin de 1918 adopté les deux lois uniformes sur notre institution et le mouvement ne s'arrêtera sûrement pas là.

De ces deux lois la première surtout constitue un progrès incontestable sur l'état antérieur du droit et même sur son modèle anglais, le *Partnership Act* de 1890, comme on a pu le voir dans le courant de cette étude et spécialement en matière de *partnership property* (3). Elle n'est cependant pas exempte de critiques (4) et même sa réglementation de la *partnership*

(1) Pour plus de détails sur la rédaction du projet et sa critique, voyez *Harvard Law Rev.*, 1915, t. 28, p. 158, 171 et 762 ; et 1916, t. 29, p. 838.

(2) *American Bar Association Journal*, 1916, II, 3, p. 710 ; 1917, III, p. 524 et 1919, V, p. 481.

(3) Voyez sur ce point n° 10, note (1), 12 *in fine*, et surtout 78 et 99.

(4) Voyez sur ce point, n° 9 et 10.

property n'est pas une innovation ; elle ne fait en somme que donner un nom spécial : *tenancy in partnership*, à la copropriété des associés ; copropriété qui, comme on l'a vu, était déjà distinguée par la majorité des auteurs anglais des autres formes de propriété à plusieurs (1).

Pour ce qui est de la crainte que cette codification empêche la réforme par la jurisprudence de la non personnalité juridique de la firm, elle est incontestablement justifiée, si l'on interprète strictement l'Uniform Partnership Act, car celui-ci, bien qu'il ne déclare pas expressément la non-personnalité de la firm, la sous-entend lorsqu'il réglemente la forme de copropriété : *tenancy in partnership* existante entre associés.

Il est cependant permis d'espérer, pour un avenir plus éloigné, que les cours, s'inspirant des avantages pratiques, adoptent la conception mercantile (2) de la firm personne juridique, car l'Unif. P. A. ne la contredit pas expressément et la *tenancy in partnership*, forme de propriété collective, pourrait être interprétée comme plus rapprochée de la *corporateness*, forme de propriété à plusieurs résultant de la personnalité juridique, que des autres formes proprement dites de copropriété.

(1) Voyez sur ce point, n° 52, *in fine*.

(2) Voyez sur ce point, n° 35.

CONCLUSION COMPARATIVE

127. Nous aurions pu clore ici cette étude, qui est avant tout une contribution pour faciliter la tâche de juristes plus compétents, auteurs de traités comparatifs sur les sociétés ; mais elle nous a paru sous cette forme trop ingrate ou impersonnelle et nous y ajoutons ces quelques pages de droit comparé proprement dit.

Nous divisons cette conclusion en deux paragraphes : le premier réservé à une vue d'ensemble sur la *partnership*, le second à une comparaison de celle-ci avec nos divers types correspondants de sociétés de personnes.

I

128. Dans son ensemble, l'institution juridique de la *partnership* a, comme tout le droit anglais, les traits caractéristiques suivants (1) :

1° *Le droit de la partnership est un droit historique* ; voici ce que nous entendons par là : ce droit, bien qu'actuellement régi par les codifications ou lois d'ensemble de 1872, 1890, etc., n'a pas pour point de dé-

(1) Voir sur ce point : H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*, chap. I^{er}, que nous suivons dans tout ce paragraphe.

part ces dates récentes. Le P. A. de 1890, par exemple, n'abroge pas tout ou la majeure partie des règles de la *common law*, relatives à la *partnership* (1) ; il ne fait que les consolider, c'est-à-dire les fixer dans un texte positif ; et ce texte est bien souvent, nous l'avons vu, si laconique ou si obscur, qu'il faut pour le préciser remonter assez loin dans le passé de la *common law* (2).

2° *Le droit de la partnership est un droit judiciaire*, bien entendu dans une moindre mesure que d'autres branches du droit anglais, qui n'ont pas comme la nôtre été codifiées ; mais ce trait se retrouve encore en matière de *partnership* sur les points où le P. A. de 1890 est muet ou trop laconique et notamment en matière de *firm-name*, de *goodwill* et de pouvoirs tacites des associés, où les décisions ont, nous l'avons vu, créé la distinction des *partnerships* commerciales et non commerciales (3).

3° *Le droit anglais réglementant la partnership manque encore d'unité*, mais dans une mesure bien plus réduite que ses autres branches ; nous en avons suffisamment dit sur ce point dans l'appendice précédent, nos 124 à 126.

4° *Les procédés techniques du droit anglais de la partnership sont très différents des continentaux*. Nous avons

(1) P. A. de 1890, art. 46 ; cf. Unif. P. A., art. 5. *Adde*, n° 6 (2).

(2) Voyez notamment, nos 17, 108 et 109, *suprà*.

(3) Voyez sur ces points, nos 43, 77 et 109, *suprà*.

déjà eu l'occasion de le dire quant aux définitions que le droit anglais remplace par des descriptions (1). Dans le même ordre d'idées, il faut signaler l'abus fait par le droit anglais des maximes ou brocards dont nous n'avons, en matière de partnership, cité que les principaux : *jus accrescendi inter mercatores... locum non habit, expressum facit cessare tacitum, there is nothing as a firm known to the law* (2) ; il y en a bien d'autres que nous avons omis, car ce procédé peu scientifique doit être évité.

Dans un autre ordre d'idées, on trouve en droit anglais des distinctions ou cadres scientifiques ne correspondant pas exactement, ou même pas du tout, aux nôtres ; telle est celle du *substantive law* et *adjectiv law* déjà citée (3) ; ou celle de la *real property* et *personal property* qui ne correspond que très approximativement à la nôtre des immeubles et meubles ; ou celle plus connue de la *common law* et de l'*equity*, dont la fusion n'est pas encore complète, même en Angleterre. Plus particulièrement à notre institution, nous avons vu (4) que la distinction, si peu scientifique, des partnerships et companies, n'a pas de correspondante exacte chez nous.

(1) Voir ce qui a été dit au n° 8.

(2) Voyez les nos 33, 46, 49, 53, etc.

(3) Voyez n° 59.

(4) *Suprà*, 1^{re} partie, chap. II, sect. I.

5° Enfin et surtout : *Le droit de la partnership, comme tout le droit anglais* (1), *est un droit d'évocation*. Nous avons à plusieurs reprises déjà eu l'occasion de le dire, notamment pour expliquer la notion de *business* dont le P. A. de 1890 donne une définition si vague, puis en ce qui concerne le *goodwill* que les auteurs anglais eux-mêmes renoncent à définir. C'est incontestablement ce caractère qui est le plus saillant de tous ceux que nous venons d'énumérer.

6° *Le droit de la partnership échappe à l'écartellement de nos sociétés en civiles et commerciales*, sauf dans la mesure très réduite où la distinction subsiste en matière de pouvoirs apparents de l'associé (2). Cette unification, dont nous avons parlé aux n°s 4 et 5 de notre introduction, est avec le précédent le trait caractéristique de la *partnership* par rapport à notre société et sa grosse supériorité sur cette dernière.

129. Certains autres traits de la *partnership* la séparent par contre de l'ensemble du droit anglais.

1° *Le droit de la partnership est codifié*, comme on l'a vu aux n°s 124 à 126, sauf dans quelques Etats de l'Amérique. Mais la codification du P. A. de 1890 par exemple n'est pas complète et laisse subsister les règles de

(1) H. Lévy-Ullmann, *ibid.*

(2) Voyez sur ce point, n° 78.

la *common law* et de l'*equity* sur plus d'un point ; il en est de même de l'Uniform P. A. (1).

2° Le droit de la *partnership* n'est pas féodal (2), comme la plupart des autres branches du droit anglais et spécialement celui de la propriété (3) et des successions.

Ce trait du droit de la *partnership* s'explique par son histoire (nous renvoyons sur ce point à nos n°s 3 à 5), car elle est comme on l'a vu d'origine commerciale étrangère ou internationale.

3° A la différence du droit anglais en général, le droit de la *partnership* a subi une sensible influence romaine, ce qui s'explique également par son histoire comme on l'a vu à ces mêmes n°s 3 à 5. Les principaux points de ressemblance sont : l'exigence du maximum de bonne foi entre associés (4), celle de la légalité de l'objet, l'exigence du consentement unanime pour l'introduction d'un nouvel associé et surtout le partage égal des bénéfices en l'absence de clause expresse (5).

(1) Art. 5. Burdick, *On Part.*, p. 428.

(2) Voyez toutefois ce qui a été dit au n° 62 de l'incapacité résultant de la mort civile : *outlawry* qui subsiste en théorie.

(3) Le régime de la propriété vient d'être profondément modifié et modernisé en Angleterre par le *Law of Property Act* de 1922 [12 et 13 Geo. 5, Ch. 16] ; cette loi qui n'entrera en vigueur que le 1^{er} janvier 1925 sera probablement modifiée jusque-là [Jenks, *Dig.*, trad. française de Baumann et Goulé, note de l'éditeur, p. xii de la préface].

(4) Voyez sur ce point, n° 72.

(5) Scrutton, *op. cit.*, pp. 159-161, où l'on renvoie pour plus de détails ; voyez aussi Story, *On Part.*, §§ 3 et suivants.

II

130. Nous passons maintenant à la comparaison de la partnership avec notre société, c'est-à-dire (car il ne faut comparer que ce qui est comparable) (1), avec nos diverses formes, civiles ou commerciales, de sociétés de personnes pour la partnership proprement dite, et avec notre commandite simple pour la limited partnership.

Nous allons voir que les différences sont moins nombreuses qu'elles ne le paraissent à première vue et surtout beaucoup plus théoriques que pratiques. Nous suivrons dans cette comparaison le plan de notre étude, commençant par les notions théoriques et générales de la partnership et de la société, pour finir par leur réglementation légale.

131. En matière de définition et d'éléments constitutifs, voici les différences qui méritent d'être mentionnées :

I. Tandis que le droit français (comme d'ailleurs tous les droits d'origine romaine, c'est-à-dire tous les droits continentaux) définit la société comme un *contrat*, la partnership est généralement définie comme un rapport juridique : *relation*. Cette différence, qui n'est en

(1) Sur les méthodes du droit comparé, voyez H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*.

somme qu'une pure question de terminologie, n'est cependant pas négligeable : c'est parce que la *partnership* est ainsi définie que le droit anglais la rapproche d'autres rapports juridiques sans doute analogues, mais qui ont un tout autre but économique : les diverses formes de copropriété.

La solution continentale nous semble sur ce point préférable : la société (*partnership*) est avant tout un contrat ; et la définition anglaise s'explique plutôt historiquement (1). Quant à la version de l'Unif. P. A., où la *partnership* est une *association*, elle nous paraît également soutenable, mais à condition de reconnaître à cette association, à ce groupement, une existence distincte de celle de ses membres, c'est-à-dire de faire de la *firm* une personne juridique.

II. Le droit anglais n'exige plus, depuis *Pooley v. Driver* (1876) (2), d'*apport* de la part de tous les associés. Mais de l'exemple donné par le juge Jessel, dans cette décision, il nous semble résulter que cette différence est due au sens moins large que donnait le magistrat anglais au terme *apport* et ceci est confirmé par l'exigence, de la part de tout associé, d'une contre-partie : *consideration*, en échange de sa participation aux bénéfices (3).

(1) Car avant 1860 (*Cox v. Hickmann*) la *partnership* n'était pas toujours conventionnelle ; voyez n° 10, *suprà*.

(2) Voyez sur ce point, n° 11, *suprà*.

(3) Voyez *suprà*, n° 11 et 67.

III. Quant à la *business*, dont nous nous sommes occupés au n° 12, on ne trouve pas de correspondant à cet élément du droit français. A ce point de vue la *partnership* peut être considérée comme une forme intermédiaire entre nos sociétés civiles, où l'on ne trouve rien de semblable à cet élément, et nos sociétés commerciales proprement dites (1), où la profession de commerçant est exigée de la part de leurs membres, ce qui va plus loin que l'exigence anglaise de la *business* ; car nous l'avons dit, celle-ci n'est qu'un dérivé historique du *trade* : commerce, et plus large que ce dernier (2).

IV. En matière de bénéfices : *profits*, la seule différence qui mérite d'être signalée est que le droit anglais n'exige pas, comme le nôtre (art. 1832 et 1835 C. civ.), que les pertes soient réparties (également ou inégalement) entre tous les associés ; ce qui, encore une fois, ne diminue en rien la responsabilité illimitée de tout associé à l'égard des tiers. Comme nous l'avons déjà dit, la solution anglaise, laissant une plus grande liberté aux parties, nous semble sur ce point préférable.

132. En matière de *classification* des *partnerships* et sociétés :

(1) C'est-à-dire à l'exclusion des sociétés civiles à forme commerciale.

(2) Voyez *suprà*, n° 5 et 12.

I. Nous avons vu que la distinction anglaise des *partnerships* et *companies* n'a pas d'équivalent exact dans notre droit, car si les premières correspondent assez exactement à nos sociétés de personnes, les *companies* ne contiennent pas exclusivement des sociétés de capitaux, puisqu'il y en a d'*unlimited* et que les ainsi nommées : *companies within the Statannaries* ne sont que des *partnerships* proprement dites régies par des coutumes et lois spéciales (1). On ne peut d'ailleurs donner aucune justification rationnelle de la classification anglaise ; celle-ci ne s'explique que par l'histoire, les *companies* n'étant en somme que des *partnerships* exclues successivement soit par la *common law*, soit surtout par des lois spéciales, de la réglementation de droit commun des *partnerships*.

II. Le droit anglais, exception faite pour l'Ecosse, ne fait pas de distinction entre la *joint adventure*, contenant notre association en participation (2), et la *partnership* ordinaire. Une *joint adventure* n'est donc en droit anglais qu'une *partnership* pour l'exécution d'une transaction déterminée, dont l'existence est ou non

(1) *Suprà*, nos 14 et 29.

(2) Voyez *suprà*, n° 30, et pour plus de détails : Pollock, *Dig.*, p. 6. Au contraire, selon MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, 2, p. 473, « la participation telle que l'entend la loi française n'est pas admise en Grande-Bretagne » ; car il ne faut pas assimiler le *dormant partner*, qui peut exister dans n'importe quelle *partnership*, à notre participant ; ce qui est parfaitement exact.

connue des tiers, ce qui ne modifie en rien les rapports des associés entre eux, sa constitution, etc.

III. Enfin le droit anglais ignore, on peut le dire, notre distinction des sociétés en *commerciales* et *non commerciales*, si ce n'est dans la mesure très réduite où nous l'avons mentionnée aux n^{os} 31 et 78, et qui ne concerne que les pouvoirs des associés.

133. En ce qui concerne la *non-personnalité juridique de la firm*, nous n'y reviendrons pas ; théoriquement (mais théoriquement seulement), c'est une différence importante entre la *partnership* et nos sociétés, dont toutes les formes commerciales, sauf la participation, sont unanimement reconnues pour constituer des personnes juridiques et si en matière de sociétés civiles une controverse subsiste en doctrine (1), la jurisprudence actuelle leur accorde également cette personnalité.

L'expérience anglaise est loin d'ailleurs de pouvoir être invoquée contre cette jurisprudence, car la règle traditionnelle de la *common law* ignorant l'existence de la *firm* n'a pu se maintenir, même en droit anglais (2), qu'au prix de dérogations pratiques de plus en plus

(1) Contre la personnalité juridique des sociétés civiles, voyez : Aubry et Rau, 5^e édit, t. VI, pp. 10-14 et les notes ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, 1, pp. 125 et suiv. (4^e édit.).

(2) Les conséquences de la non-personnalité juridique sont moins importantes ici qu'en droit français ; voyez *suprà*, n^o 40.

accentuées ; elle n'est plus aujourd'hui qu'une survivance historique (1), que le traditionalisme anglais fera sans doute conserver pendant longtemps, mais que l'on peut espérer voir abandonner plus vite aux Etats-Unis d'Amérique (2).

134. En matière de *réglementation légale*, les différences plus pratiques que théoriques sont assez nombreuses et sur plusieurs points les solutions du P. A. de 1890 et de l'Unif P. A. américain nous paraissent préférables aux nôtres et particulièrement à celles insuffisantes et surannées du Code civil (3).

I. En ce qui concerne la *constitution* : l'absence de formalités obligatoires en matière de partnership, que nous avons exposée, correspond sensiblement à la constitution de nos sociétés civiles, où l'écrit n'est exigé qu'*ad probationem* et seulement lorsque l'objet de la société est d'une valeur de plus de 150 francs.

Quant aux conditions de fond, des différences existent, mais elles concernent la réglementation des contrats en général et non spécialement celui de société. La seule différence particulière à notre matière est le maximum de vingt (ou dix) fixé par le droit anglais au

(1) *Suprà*, n° 126 et la note 4, *ibid.*

(2) Voyez cependant *contrà* : Mechem, *Elements of the Law of Partnership*, 2^e édit., Chicago, 1920, pp. 8-11.

(3) Voyez A. Colin et H. Capitant, II, pp. 609-610.

nombre des associés (1) et qu'on ne retrouve pas dans notre droit; elle résulte de la distinction des *partnerships* et *companies* et n'existait pas, on l'a vu, avant les *Companies Acts*.

II. En ce qui concerne les *rapports des associés avec les tiers*, la principale différence est la réglementation des pouvoirs des associés, pouvoirs qui sont beaucoup plus larges en droit anglais (2), à cause de l'application des théories générales de l'*agency* et de l'*estoppel*, que ceux des associés de notre société civile, où seul le gérant, s'il y en a, engage ses co-associés en traitant avec les tiers (3).

En matière de *responsabilité*, l'étendue (illimitée) de celle des *partners* correspond exactement à celle des associés de toutes nos sociétés de personnes (civiles ou en nom collectif). Par contre, en ce qui concerne la nature de cette responsabilité, tandis qu'en droit français la *solidarité* n'existe qu'en matière de droit commercial, en droit anglais (exception faite pour l'Ecosse) la responsabilité *joint but not severall*, qui existe seule en matière contractuelle (4), est déjà une sorte, imparfaite, de solidarité (5).

Quant à la doctrine de *holding-out*, nous ne faisons

(1) *Suprà*, nos 60 et 24-27.

(2) Voyez sur ce point, 2^e partie, chap. II, sect. I, *suprà*.

(3) C. civ., art. 1864; A. Colin et H. Capitant, II, p. 625.

(4) Voyez *suprà*, n^o 82.

(5) Voyez Stevens, *op. cit.*, p. 317 et la note x du traducteur.

que rappeler que ce n'est qu'une application à la *partnership* de la théorie générale de l'*Estoppel*, qui n'a pas de correspondant en droit français.

III. En ce qui concerne les *rapports des associés entre eux*, les deux droits laissent une grande liberté aux parties et sont d'ailleurs près l'un de l'autre. La principale différence à noter concerne le partage du capital et des bénéfices ; en l'absence de clause expresse sur ce point, le droit anglais impose en ce cas, on l'a vu, le partage égal. Bien que cette solution ait l'avantage de la simplicité, elle nous semble trop empirique et nous lui préférons la solution française de la proportionnalité aux apports.

Une autre différence que nous ne faisons que rappeler tient à la non-personnalité juridique de la *firm* ; la *partnership property* est en droit anglais la copropriété des associés, tandis qu'en droit français, les biens sociaux sont la propriété d'une personne juridique, mais la différence pratique est pour ainsi dire annulée par la règle anglaise de la séparation des patrimoines (1).

IV. Enfin, en matière de *dissolution*, il n'y a pour ainsi dire pas à noter de différence ; la survie partielle de l'*agency*, que nous avons signalée en matière de *partnership*, correspond en droit français à la survie de la personnalité juridique entre la dissolution et la liqui-

(1) Voyez sur ce point, *suprà*, n° 40.

dation effective de la société (1) ; enfin, la réglementation plus détaillée en matière de dissolution du droit anglais s'explique, car en droit français on applique au partage des sociétés civiles les règles de partage des successions (2).

V. Quant à la *limited partnership*, sa ressemblance, jusque dans les détails, avec notre commandite simple est frappante : mêmes formalités d'enregistrement et publicité à la constitution, même organisation de la gestion, même étendue de la responsabilité, etc...

La ressemblance est d'ailleurs explicable : c'est sur le modèle de la commandite continentale qu'a été créée et réglementée la *limited partnership* de 1907.

La seule différence qui mérite d'être notée concerne la sanction de l'interdiction pour les commanditaires de s'immiscer dans la gestion de la société. Le droit anglais, on l'a vu, rend ces *limited partners* responsables sur tous leurs biens comme des *general partners*. L'article 28 de notre Code de commerce admettait autrefois la même solution, mais la sanction a été atténuée par la loi du 6 mai 1863 ; selon celle-ci, le tribunal peut, selon le nombre et la gravité des actes de gestion, déclarer le commanditaire personnellement tenu de tout ou partie seulement des dettes de la société (3).

(1) A. Colin et H. Capitant, II, p. 267.

(2) C. civ., art. 1872. *Adde* : A. Colin et H. Capitant, II, p. 268.

(3) Voyez Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, 1, p. 402-403.

Enfin, nous rappelons pour finir le peu d'application qu'il a, jusqu'ici, été fait en pratique de la limited partnership en Angleterre.

III

135. Cet aperçu comparatif nous amène à la conclusion suivante. Bien que la partnership ait par rapport à notre société une physionomie, un aspect extérieur nettement distinct et original, au fond sa nature juridique même et surtout sa réglementation technique sont bien moins éloignées de celles de notre société qu'on serait tenté de le croire à première vue. La partnership est plutôt difficile d'accès pour nous, juristes continentaux, que différente des institutions correspondantes de nos droits continentaux.

Nous confirmerons cette opinion par un exemple qui n'est pas dépourvu d'intérêt pratique : une société française de personnes, civile pour préciser le cas, doit-elle être traitée en droit anglais comme une partnership ou comme une company? (1). Il faut, selon nous, opter pour la première de ces alternatives. La personnalité

(1) La question s'est posée, il y a quelques mois, dans une espèce déterminée, une société française soutenait qu'elle devait, étant une personne juridique, être considérée aux Etats-Unis d'Amérique, non pas comme une partnership proprement dite, mais comme une *corporation*. Nous ne savons pas si cette espèce a reçu une solution positive, d'ailleurs peut-être différerait-elle de notre hypothèse,

juridique, seul argument contraire invoquable, ne suffit pas pour faire de la société française une company, car elle n'est ni conforme aux *Companies Acts*, ni incorporée par lettre patente, charte royale ou loi spéciale. D'autre part, nous avons vu combien platonique est, de nos jours, la règle traditionnelle anglaise de la non-personnalité juridique de la firm ; et inversement, si, pour obtenir ces mêmes avantages pratiques, notre jurisprudence n'hésite pas à accorder à la société civile la personnalité juridique, elle n'y parvient qu'au mépris de nos textes positifs (1). Même sur ce point par conséquent, la différence entre notre société civile (et c'est pourquoi nous l'avons choisie pour exemple) et la partnership est extrêmement réduite.

Au reste, il existe en Amérique un Etat où notre hypothèse se présente, on peut dire tous les jours, c'est la Louisiane ; cet Etat a, nous l'avons dit, conservé son droit d'origine française ; or, la société, qui est en Louisiane une personne juridique tout comme en droit français, n'en est pas moins considérée comme une partnership ordinaire douée exceptionnellement de la personnalité juridique (2).

136. Mais le droit comparé poursuit depuis quelques

(1) Aubry et Rau, 5^e éd., t. VI, pp. 40-44 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, 4, pp. 125 et s.

(2) *American and English Encyclopaedia*, t. XXII, p. 75.

années (1) un but plus vaste : l'*unification internationale du droit par portions*, par institutions juridiques. Peut-on espérer voir se réaliser cette unification en matière de société, entre nos droits continentaux et les Anglo-Saxons ?

Nous n'envisageons, bien entendu, ici, que la partie purement juridique du problème. A ce point de vue, il est incontestable que la société est une des branches du droit privé où cette réforme serait la plus facile et la plus désirable même, vu le développement, avec les progrès de la civilisation, des relations internationales.

Le côté purement juridique du problème n'en présente pas moins quelques difficultés. D'une part, il faudrait renoncer à notre distinction des sociétés civiles et commerciales, ce qui nous semble réalisable vu le développement des sociétés civiles à forme commerciale. Il faudrait, d'autre part, que le droit anglais renonce à sa règle traditionnelle de la non-personnalité juridique de la firm, qui n'est plus qu'une survivance historique, et sur ce point, il faut, nous l'avons dit, compter avec le traditionalisme anglais. Il faudrait encore du côté anglais voir modifier profondément la distinction des partnerships et companies, si peu satisfaisante logiquement dans sa forme actuelle, mais qui pourrait servir de base à une classification plus logique des types légaux de société.

(1) Voyez sur ce point : H. Lévy-Ullmann, *Cours 1921-1922*,

Les autres différences sont moins importantes et plus faciles à supprimer par des concessions réciproques, sauf peut-être en ce qui concerne la réglementation de la raison sociale, où la différence est marquée et où il serait difficile de concilier ces solutions opposées, les anglaises concernant non seulement le droit de la partnership, mais aussi celui des *trade-marks* : marques de fabrique.

Paris, 10 avril 1923.

JEAN BRAESCO.

Vu :

Le Président de la thèse,
H. LÉVY-ULLMANN.

Vu :

Le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL.

BIBLIOGRAPHIE (1)

I. — OUVRAGES ANGLAIS.

A. — Traités et monographies.

- Adler.** — *A summary of the Law relating to Corporations.* 1 vol., London, 1903.
- Anson.** — *Principles of the English Law of Contract.* 15^e éd., 1 vol., Oxford, 1920.
- Bell.** — *Commentaries on the Law of Scotland.* 7^e éd., 2 vol., Edimbourg, 1870.
- *Blackstone.** — *Commentaries on the Laws of England.* Edit. annotée par Archbold, 4 vol., London, 1811.
- *Burdick.** — *The Law of Partnership including Limited Partnerships.* 3^e éd., 1 vol., Boston, 1917.
- *Carr.** — *The General Principles of the Law of Corporations.* 1 vol., Cambridge, 1905.
- *Carr.** — *Collectiv Ownership otherwise than by Corporations or by means of the Trust.* 1 vol., Cambridge, 1907.
- Carr.** — *Select Charters of Trading Corporations.* Selden-Society. 1 vol., London, 1913.
- Clark.** — *A Treatise on the Law of Partnerships and Joint Stock Companies according to the Law of Scotland.* 2 vol., Edimbourg, 1866.
- *Coke.** — *A Commentary upon Littleton.* 19^e éd., 2 vol., London, 1832.

(1) La présente bibliographie ne contient : en fait d'ouvrages anglais, que ceux directement consultés ; et en fait d'ouvrages français, que ceux où l'on trouvera des indications pour le droit anglais et relativement à notre sujet. Voyez de plus *passim* en note, notamment sous les n^{os} 12, 43, 49, 84, 112, 126 et 134.

L'astérisque indique les ouvrages les plus souvent cités.

- Dicey** (Trad. Jèze). — *Leçons sur les rapports du droit et de l'opinion publique en Angleterre au XIX^e siècle*. 1 vol., Paris, 1906.
- Erskine**. — *Principles of the Law of Scotland*. 20^e éd., 1 vol., Edimbourg, 1903.
- Holland**. — *The Elements of Jurisprudence*. 7^e éd., 1 vol., Oxford, 1895.
- ***Jenks**. — *A Digest of English Civil Law* (1). 2^e éd., 2 vol., London, 1921.
- Kent**. — *Commentaries on American Law*. 13^e éd., 4 vol., New-York, 1884.
- ***Lindley**. — *A Treatise on the Law of Partnership*. 3^e éd., 2 vol., London, 1873.
- ***Lindley**. — *A Treatise on the Law of Partnership*. 8^e éd., 1 vol., London, 1912.
- Pollock**. — *Principles of Contract*. 9^e éd., 1 vol., London, 1920.
- ***Pollock**. — *Digest of the Law of Partnership*. 11^e éd., 1 vol., London, 1920.
- Pollock**. — *Essays in the Law*. 1 vol., London, 1922.
- Salmond**. — *Jurisprudence or the Theory of the Law*. 1^{re} éd., 1 vol., London, 1902.
- Scrutton**. — *The influence of the Roman Law on the Law of England*. 1 vol., Cambridge, 1885.
- Select-Essays in Anglo-American Legal History (by various authors)*. 3 vol., Cambridge, 1907.
- Smith H.** — *The Law of Associations, Corporate and Unincorporate*. 1 vol., Oxford, 1914.
- Snell**. — *The principles of Equity*. 11^e éd., 1 vol., London, 1894.
- Stephen**. — *Commentaries of the Law of England (by Jenks)* 17^e éd., 4 vol., London, 1922.
- ***Steven** (Trad. Escarty). — *Eléments du droit commercial anglais*. 1 vol., Paris, 1907.
- Story**. — *The Law of Partnership*. 7^e éd., Boston, 1881.

(1) Une traduction française de cet ouvrage par Baumann et Goulé vient de paraître : *Digeste de droit civil anglais*, 2 vol., Paris, 1923. Nos renvois ayant été faits aux articles du Digeste, ils sont également valables pour les deux versions de l'ouvrage.

Story. — *Commentaries on Equity-Jurisprudence*. 3^e éd., angl., 1 vol., London, 1920.

***Underhill.** — *The Law of Partnership*. 1 vol., London, 1899.

Walton. — *The Egyptian Law of Obligations*. 2 vol., London, 1921.

Williston. — *The Law of Contracts*. 5 vol., New-York, 1921.

Wrightington. — *Unincorporated Associations*. 1 vol., Boston, 1916.

B. — Encyclopédies, Revues et Recueils.

American Bar Association Journal (The). Baltimore, 1915 et suiv.

**American and English Encyclopaedia of Law (The)*. 2^e éd., 32 vol., London, 1908.

***Ames.** — *Cases on Partnership*. 1 vol., Boston, 1887.

Burdick. — *Cases on Partnership*. 1 vol., Boston, 1917.

Bouvier. — *Law Dictionary*. 2 vol., Boston, 1897.

**Cyclopaedia of Law and Procedure*. 40 vol. (2 suppl.), New-York, 1908.

Encyclopaedia of the Laws of England. 17 vol., London, 1900.

***Halsbury.** — *The Laws of England*. 31 vol. (2 suppl.), London, 1907.

Harvard Law Review. Cambridge (Mass.), 1886 et suiv.

Smith. — *A selection of Leading Cases*. 12^e éd., 2 vol., London, 1915.

Warren. — *Cases on Corporations*. 1 vol., Cambridge, 1919.

White. — *A selection of Leading Cases in Equity*. 2 vol., London, 1912.

II. — OUVRAGES FRANÇAIS.

Hémar. — *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*. 1 vol., Paris, 1912.

***Lerebours-Pigeonnière.** — Introduction à la traduction française des *Eléments du droit commercial* de Stevens. Paris, 1907.

***Lévy-Ullmann.** — *Cours de droit civil comparé*, 1917-1918, 1920-1921 et 1921-1922, Paris.

Lyon-Caen et Renault. — *Traité de droit commercial.*
4^e éd., 8 vol., Paris, 1906-1916.

Saleilles. — *De la personnalité juridique.* 2^e éd., 1 vol., Paris,
1922.

Thaller et Pic. — *Sociétés commerciales*, 2 vol., Paris, 1908.

III. — THÈSES.

Barrault. — Le droit d'association en Angleterre, thèse
Paris, 1908.

Delangle de la Ville-Gaudin. — De la représentation
(*Agency*) en droit anglais, thèse Paris, 1923.

Drouets. — La compagnie privée et la société à respon-
sabilité, thèse Paris, 1922.

Fère. — Le mineur, sa condition et sa capacité contractuelle
en droit anglais, thèse Paris, 1923.

Fernand-Laurent. — Etude comparée des législations
française et anglaise en matière de société par actions,
thèse Paris, 1919.

Gérard. — Les *Torts* ou délits civils en droit anglais, thèse
Rennes, 1910.

Thoumyre. — Constitution des *Companies Limited by Sha-
res*, thèse Paris, 1908.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
I. — 1. Importance du sujet. — 2. Cadres de l'étude.	1
II. — Résumé historique du droit de la partnership.	4
3. Ses trois sources. — 4. <i>Law-merchant</i> . — 5.	
<i>Common law et equity</i> . — 6. Lois anglaises. —	
7. Aux Etats-Unis.	

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION DE LA PARTNERSHIP

CHAPITRE PREMIER. — Définition.	19
8. Les deux définitions légales, critique.	
SECTION I. — <i>Eléments constitutifs</i>	21
9. Rapport juridique. — 10. Conventionnel. —	
11. L'apport. — 12. <i>La business</i> . — 13. Béné-	
fice. — 14. Récapitulation.	
SECTION II. — <i>Règles légales pour déterminer l'exis-</i>	
<i>tence d'une partnership dans les cas douteux</i> .	33
15. L'article 2 du P. A. — 16. Co-propriété et par-	
ticipation aux bénéfices bruts. — 17. Participa-	
tion aux bénéfices nets. — 18. L'ancienne règle.	
— 19. <i>Cox v. Hickmann</i> . — 20. Privilège des	
créanciers ordinaires (art. 3 du P. A.). — 21.	
Critérium d'existence de la partnership.	

CHAPITRE II. — Classifications.	46
22. Énumération des diverses classifications.	
SECTION I. — <i>Partnerships et Companies.</i>	47
23. Position de la question. — 24. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux. — 25. Personnalité juridique. — 26. Étendue de la responsabilité. — 27. Enregistrement. — 28. Différence de définition. — 29. Conclusion.	
SECTION II. — <i>Autres classifications.</i>	58
30. Partnerships universelles, générales et particulières. — 31. Partnerships commerciales et non commerciales. — 32. Diverses espèces de partners.	
CHAPITRE III. — La Firm. Non-personnalité juridique.	63
SECTION I. — <i>Le principe.</i>	63
33. Définition de la firm, non-personnalité. — 34. Théorie de la <i>corporation</i> . — 35 et 36. Explication de la non-personnalité de la firm. — 37. Solution opposée en Louisiane, Égypte et Écosse.	
SECTION II. — <i>Application du principe.</i>	69
33. Actuellement les dérogations détruisent la règle. — 39. Application stricte du principe en <i>common law</i> . — 40. Exceptions. — 41. Dérogations successives. — 42. Conclusion, demi-personnalité. — 43. La raison sociale.	
CHAPITRE IV. — Place de la partnership dans l'ensemble des institutions correspondant à la propriété à plusieurs	82
44. Position de la question.	

SECTION I. — *Les diverses formes de propriété à plusieurs en droit anglais.* 83

45. Enumération et classification. — 46. *Joint tenancy*. — 47. *Tenancy in common*. — 48. *Coparcenary*. — 49. *Tenancy by entireties*. — 50. Copropriété des navires.

SECTION II. — *La partnership.* 98

51. La principale différence: *business*. — 52. Autres différences. — 53. Comparaison de la *partnership* avec les deux premières formes de copropriété, conclusion. — 54. Co-existence d'une *partnership* et d'une copropriété.

DEUXIÈME PARTIE

RÈGLEMENTATION LÉGALE

CHAPITRE PREMIER. — **Constitution.** 107

55. La *partnership* est constituée par convention.

SECTION I. — *Conditions de forme.* 107

I. — 56. Absence de formalités. — 57. Exceptions. — 58. *Les articles of partnership.* 107

II. — 59. Preuve de l'existence d'une *partnership.* 112

SECTION II. — *Conditions de fond.* 114

I. — Capacité. 114

60. Nombre des associés. — 61. *L'alien enemy*. — 62. Incapacités du droit pénal. — 63. Le dément. — 64. Le mineur. — 65. La femme mariée. — 66. Les personnes juridiques.

II. — 67-68. Considération. 123

III. — 69. Objet légal. 125

SECTION III. — *Caractères essentiels du contrat* . . . 127

70. *Intuitus personarum*. — 71. *Specific performance*. — 72. *Uerrimafides*.

CHAPITRE II. — Rapports des associés avec les tiers. 131

73. Justification du titre.

SECTION I. — *Pouvoirs de l'associé*. 132

74-75. *Agency*. — 76. Résumé des articles 5 à 8 du P. A. — 77. Les actes de gestion courante. — 78. Énumération des principaux actes admis ou exclus de celle-ci. — 79. Article 8 du P. A. — 80. Articles 6 et 7 du P. A.

SECTION II. — *Responsabilité des associés*. 142

81. Étendue (illimitée). — 82. Nature (conjointe ou solidaire). — 83. Durée.

SECTION III. — *Doctrine de holding-out*. 147

84. Application de l'*estoppel*. — 85. Principaux cas. — 86. Exclusion en matière délictuelle.

CHAPITRE III. — Rapports des associés entre eux. 151

87. Justification du plan.

SECTION I. — *Généralités*. 151

88. Articles 19 à 31 du P. A. ; interprétatifs. — 89. Gestion. — 90. Admission de nouveaux associés. — 91. Expulsion d'un associé. — 92. Indemnité. — 93. Capital. — 94. Partage des bénéfices et répartition des pertes.

SECTION II. — *Biens communs et séparés*. 159

95. Les biens communs. — 96. Les biens séparés. — 97. Conversion. — 98. Emplois des biens communs. — 99. L'Unif. P. A., art. 25.

SECTION III. — *Part ou intérêts.* 165

100. Nature, présomption d'égalité. — 101. Privilège (*lieu*). — 102. Transfert.

CHAPITRE IV. — *Dissolution.* 169

103. Généralités.

SECTION I. — *Causes de dissolution.* 170

104. Sans intervention de la justice. — 105. Dissolution judiciaire. — 106. Cas controversé.

SECTION II. — *Effets de la dissolution.* 175

107. Survie des pouvoirs. — 108. Restitution du *premium*. — 109. Clientèle (*goodwill*).

SECTION III. — *Liquidation.* 180

110. Terminaison des affaires. — 111. Distribution.

CHAPITRE V. — *Limited Partnerships.* 183

SECTION I. — *Histoire et Généralités* 183

112. Principe de la *limited partnership*. — 113. Echec des diverses tentatives d'introduction. — 114 et 115. Avantages sur la *private company* et plan du chapitre.

SECTION II. — *Enregistrement.* 188

116. Enregistrement à la constitution. — 117. Modifications subséquentes. — 118. Compétence, taxes, etc... — 119. Effet de l'enregistrement.

SECTION III. — *Modifications du droit commun.* 192

120. En matière de constitution. — 121. Quant aux rapports avec les tiers. — 122. Aux rapports des associés entre eux. — 123. En matière de dissolution.

APPENDICE. — L'unification du droit de la partnership.	199
124. Manque d'unité du droit anglais. — 125.	
Unification du droit de la partnership par	
codifications successives, Ind. Contr. A. et P.A.	
de 1890. — 126. Unif. P. A.	
CONCLUSION COMPARATIVE.	205
127. Justification.	
I. — Vue d'ensemble : 128 et 129.	205
II. — Partnership et société : 130 à 134.	210
III. — Conclusion finale : 135 et 136.	219
BIBLIOGRAPHIE.	223

